# Die Amtsverbrechen und der § 50 RStGB.

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin Luther-Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Walter Stephan

Referendar in Magdeburg

Berichterstatter:

Dozent Dr. Frhr. von Gemmingen

Carl Nieft, Buchdruckerei und Verlag, Bleicherode am Harz

1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre
im Verlag Carl Nieft, Bleicherode a. H., erschienen

## Gliederung.


| | | Seite |
|---|---|---|
| 1. Abschnitt. | Einleitung. . . . . | 9—10 |
| 2. Abschnitt. | Die geschichtliche Entwicklung der Amtsdelikte unter Berücksichtigung der Teilnahme Außenstehender. . . | 10—17 |
| 3. Abschnitt. | Der Begriff des Amtsdelikts im geltenden Strafrecht. | 17—18 |
| 4. Abschnitt. | Der Begriff des sogenannten eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikts im geltenden Strafrecht. . . | 19—28 |
| 5. Abschnitt. | Das Wesen der Amtsverbrechen. . . . . | 28—33 |
| 6. Abschnitt. | Die Einteilung der Amtsdelikte in selbständige und unselbständige. . . . . | 33—58 |
| 7. Abschnitt. | Die Bestrafung des Täters und Teilnehmers am unselbständigen Amtsdelikt. . . . . | 58—59 |
| 8. Abschnitt. | Täterschaft und Teilnahme am selbständigen Amtsdelikt. | 59—60 |
| 9. Abschnitt. | Das Problem der Teilnahme Außenstehender am selbständigen Amtsdelikt. . . . . | 60—69 |
| 10. Abschnitt. | Die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft bei den selbständigen Amtsdelikten. . . . . | 69—70 |
| 11. Abschnitt. | Das Problem des sogenannten qualifikationslosen dolosen Werkzeugs bei den selbständigen Amtsdelikten. . | 70—89 |
| 12. Abschnitt. | Ausblick auf das künftige Recht. . . . . | 89—90 |

## Schrifttum.


Ackermann: Das dolose Werkzeug, Heidelberger Diss. 1917.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Auflage, Allgem. Teil, Leipzig 1934.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II, Berlin 1907.

Baumbach v. Kaimberg: Das Wesen des Sonderverbrechens, insbes. die Teilnahme am Sonderverbrechen, Heidelberger Diss. 1917.

Baumeister: Die Unterschlagung anvertrauter Sachen, insbes. die Amtsunterschlagung nach geltendem Rechte und nach den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Erlanger Diss. 1921.

Beling: Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930.

— Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

— Grundzüge des Strafrechts, 8. u. 9. Aufl., Tübingen 1925.

— Begünstigung und Hehlerei, VDB. VII, Berlin 1907.

Berges: Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 333.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 14. Aufl., Leipzig 1898.

Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme, München und Berlin 1909.

Beseler: Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, Leipzig 1851.

Binding: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Besonderer Teil, Band II (Abt. 2), Leipzig 1905.

— Handbuch des Strafrechts, Band I, Leipzig 1885.

— Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts, 5. Auflage, Leipzig 1897.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtssprechung des Reichsgerichts, Berlin 1890.

— Das Strafrecht, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1912.

Bohne: „Amtsdelikte" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster, Berlin und Leipzig 1926, Band I S. 126 ff.

Brandt: Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht, Erlanger Diss. 1915.

Bruns: Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonner Rechtsw. Abh., Heft 23, 1932.

Dahm: Täterschaft und Teilnahme im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Strafrechtl. Abh., Heft 224.

Diesselberg: Täterschaft und Teilnahme beim Sonderdelikt de lege lata et ferenda, Tüb. Diss. 1931.

v. Dohnanyi: „Täterschaft und Teilnahme" in: Das kommende deutsche Strafrecht, Allgem. Teil, 2. Aufl., Berlin 1935.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichs-Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG. (Leip. Kommentar), 4. Auflage, Berlin u. Leipzig 1929; 5. Auflage 1933.

Eckhardt: „Germanenrechte" in: Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Band 1, Weimar 1935; Band 2 (I), Weimar 1934.

Engelsing: Eigenhändige Delikte, Strafrechtl. Abh., Heft 212.

Feuerbach-Mittermaier: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., Gießen 1847.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, Tübingen 1931.

Fränkel: Der Einfluß persönlicher Umstände auf die Strafbarkeit der Teilnehmer (§ 50 RStGB.), Würzb. Diss. 1927.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band I, Berlin 1904.

Fischer, H. A.: „Die Rechtswidrigkeit" in: Otto Fischers Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band XXI, 1911.

Flegenheimer: Das Problem des dolosen Werkzeugs, Tüb. Diss. 1913.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, Berlin und Leipzig 1932.

Graetzer: Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen, Erl. Diss. 1907.

Grünhut: Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme, JW. 1932.

Gürtner-Freisler: Das neue Strafrecht, 2. Auflage, Berlin 1936.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Allgem. Teil, 2. Auflage, Berlin 1935.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Band II (2), Bonn 1887.

Heber: Die Stellung des Nichtbeamten zu den Amtsverbrechen, Leipz. Diss. 1921.

Hegler: Die Merkmale des Verbrechens, ZStW., Band 36.

— Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente, Festgabe für Reinhard Frank, Band I, Tübingen 1930.

— Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft, RG.-Festschrift, Band V, Berlin und Leipzig 1929.

Heimberger: Strafrecht, Berlin und Wien 1931

Henke: Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik, III. Teil, Berlin und Stettin 1830.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht, Band I, Berlin 1925; Band II, Berlin 1930.

— Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932.

His: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, II. Teil, Weimar 1935.

Hübner: Das Problem des dolosen Werkzeugs im geltenden Reichsstrafrecht, Bresl. Diss. 1926.

Ibach: Die Anstiftung, Strafrechtl. Abh., Heft 148.

Kantorowicz: Tat und Schuld, Zürich und Leipzig 1933.
Karstedt: Der Begriff der Amtsdelikte im geltenden Strafrecht und seiner Reform, Leipz. Diss. 1931.
Klee: Die relative Strafbarkeit des Mittäters und des Anstifters, Goltdammers Archiv, Band 67.
Köhler: Unzulässige Vollstreckung, VDB. IX, Berlin 1906.
— Freiheitsberaubung im Amte, VDB. IX, Berlin 1906.
— Nötigung im Amte, VDB. IX, Berlin 1906.
— Begünstigung durch Justizbeamte, VDB. IX, Berlin 1906.
— Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil, Leipzig 1917.
Kohler: Leitfaden des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1912.
— Studien aus dem Strafrecht, Band I, Mannheim 1890.
— Studien aus dem Strafrecht, Band VI, Mannheim 1895.
Kohlrausch: Strafgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1936.
Krug: Die besonderen Umstände der Teilnehmer, Strafrechtl. Abh. 1899
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Auflage, Berlin und Leipzig 1927.
Loening: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1874.
Mayer, M. E.: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.
Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
Meves: Die Amtsverbrechen, HH., Band III, 1874.
— Das Wesen der Amtsdelikte und ihre Eintheilung, Ger.S., Band 39.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Auflage, Leipzig und Erlangen 1922.
Mezger: Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1. Auflage, München und Leipzig 1931 Die im Jahre 1933 erschienene Auflage entspricht im wesentlichen der ersten. Änderungen siehe dort S. 528.
— Die subjektiven Unrechtselemente, Ger.S., Band 89.
Mommsen: Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Munzinger: Die sog. eigentlichen und die sog. uneigentlichen Amtsdelikte, Münch. Diss. 1934.
Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903.
Neumeyer: Prävarikation, VDB. IX, Berlin 1906.
— Verleitung und Konnivenz, VDB. IX, Berlin 1906.
Oetker: Besprechung des Buches von Nagler, „Teilnahme am Sonderverbrechen", Ger.S., Band 68.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 11. Auflage, Band I, Berlin 1927; Band II, Berlin 1927.
Oppenheim: Die Rechtsbeugungsverbrechen des Deutschen Reichsstrafgesetzbuchs, Leipzig 1888.
— Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894.
Perten: Die Beihilfe zum Verbrechen, Strafrechtl. Abh., Heft 198.
Petri: Die mittelbare Täterschaft, Strafrechtl. Abh., Heft 125.
Puppe: Die Begriffe Beamter und Amt im RStGB., Heidelberger Diss. 190

Reichle: Die Teilnahme am Verbrechen nach dem RGStB. und den neuen deutschen Strafgesetzentwürfen, Strafrechtl. Abh., Heft 285.

Rein: Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, Leipzig 1844.

Rosenfeld: Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung, Frank-Festgabe, Band II, 1930.

Schmidt, Eb.: Die mittelbare Täterschaft, Frank-Festgabe, Band II, 1930.

— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Band I, Berlin und Leipzig 1932.

Schmidt, Rich.: Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Leipzig 1931.

Schneidenbach: „Verletzung der Amtspflicht" in: Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Berlin 1936.

Schreiber: Der Einfluß persönlicher Umstände auf die Strafbarkeit der Teilnehmer, Erlang. Diss. 1919.

Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Leipzig 1874.

— Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Leipzig 1869.

v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 5. Auflage, Leipzig 1884.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, Berlin 1914.

Sickel: Zum ältesten deutschen Zollstrafrecht, ZStW., Band 7.

Stock: Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen, Leipziger rechtsw. Studien, Heft 67, Leipzig 1932.

Tarnowski: Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Berlin und Leipzig 1927.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

— Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug, ZStW., Band 40.

Wachinger: Verbrechen und Vergehen im Amte, VDB. IX, Berlin 1906.

Wegner: „Teilnahme" in: Reform des Strafrechts von Aschrott und Kohlrausch, Berlin und Leipzig 1926.

Welzel: Kausalität und Handlung, ZStW., Band 51.

Winter: Die mittelbare Täterschaft, Münster. Diss. 1917.

Wolf, Erik: „Vom Wesen des Täters" in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 87, Tübingen 1932.

— „Krisis und Neubau der Strafrechtsreform" in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 103, Tübingen 1933.

Wolf, Paul: Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, Strafrechtl. Abh., Heft 225.

Zehnpfennig: Abgrenzung der mittelbaren Täterschaft gegenüber der Anstiftung, Köln. Diss. 1932.

Zimmerl: Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrechtl. Abh., Heft 237.

## Abkürzungen.

1. Ger.S. = Der Gerichtssaal.
2. HH. = Handbuch des deutschen Strafrechts von v. Holtzendorf.
3. JW. = Juristische Wochenschrift.
4. RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
5. VDB. = Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländische Strafrechts, besonderer Teil.
6. ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Die 9. Auflage des Lehrbuchs von Allfeld und die 5. Auflage des Leipzige Kommentars sind besonders zitiert. Alle Paragraphen ohne Bezeichnung si Paragraphen des RStGB.

## 1. Abschnitt.

## Einleitung.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich mit der Bedeutung des § 50 RStGB. für die Amtsverbrechen. § 50 bezieht sich auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. Einer Begriffsbestimmung dieser Umstände bedarf es nicht, da diese über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde, und außerdem die Beamteneigenschaft bezw. das amtliche Verhältnis nach einhelliger Meinung unter § 50 fällt. Wird durch persönliche Umstände die Strafbarkeit verändert (erhöht oder vermindert), ein Grundtatbestand also nur modifiziert, so sollen nach § 50 diese Umstände nur demjenigen Täter oder Teilnehmer zugerechnet werden, bei dem sie vorliegen. Dem § 50 liegt der Gedanke, daß ein jeder an einer strafbaren Handlung Beteiligte nach seiner Schuld bestraft werden soll, zu Grunde. Den sogenannten strafändernden stehen die sogenannten strafbegründenden Umstände, die überhaupt erst einen Deliktstatbestand schaffen, gegenüber. Über die Zurechnung dieser Umstände, wenn sie bei einem Beteiligten vorliegen, beim anderen aber fehlen, enthält das Gesetz keine Bestimmung, insbesondere gilt hierfür nicht der § 50.

Die auf § 50 beruhende verschiedene Behandlung der Zurechnung persönlicher Umstände, je nachdem sie strafändernd oder strafbegründend wirken, hat Bedeutung:

1. für die Einteilung der Amtsdelikte in eigentliche (reine) und uneigentliche (gemischte),
2. für die Täterschaft und Teilnahme am eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikt,
3. für das Verhältnis der eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikte zu den verwandten gemeinen Delikten bezw. zu dem Grundtatbestand.

Die Amtsdelikte werden bei der Einteilung in eigentliche und uneigentliche nur insoweit berücksichtigt werden, als sie im Strafgesetzbuch Aufnahme gefunden haben. Das RStGB. regelt die Amtsverbrechen in der Hauptsache im 28. Abschnitt unter der Überschrift „Verbrechen und Vergehen im Amte." Aber auch außerhalb dieses Abschnittes befinden sich im besonderen Teil Bestimmungen, die sich gegen Amtsträger richten. Hierher gehören die §§ 128 Abs. 2, 129 Abs. 2, 174 Ziff. 2 u. 3, 222 Abs. 2, 230 Abs. 2, 300, 316 Abs. 2, 318 Abs. 2 und 322. Soweit diese Bestimmungen Amtsdelikte enthalten, werden sie in den Rahmen unserer Betrachtungen einbezogen werden.

Vorerst sollen die Amtsdelikte in ihrer geschichtlichen Entwicklung verfolgt werden.

## 2. Abschnitt.

### Die geschichtliche Entwicklung der Amtsdelikte unter Berücksichtigung der Teilnahme Außenstehender.

#### I. Die Amtsdelikte im römischen Strafrecht.

Das römische Strafrecht hat in der Hauptsache im 47. und 48. Buch der Digesten, den sogenannten libri terribiles, seine Regelung erfahren. In diesen Büchern haben die Amtsdelikte keine besondere Stellung erhalten[1]). Eine den heutigen „Verbrechen und Vergehen im Amte" entsprechende Gruppe haben die Römer nicht herausgebildet. Dies ist darauf zurückzuführen, daß sie die strafbaren Handlungen nach prozessualen Gesichtspunkten in delicta privata, crimina extraordinaria und crimina publica eingeteilt haben. Bei dieser Einteilung, die auf der Art der gerichtlichen Geltendmachung beruht, konnte naturgemäß das innere Wesen der einzelnen Delikte keine besondere Berücksichtigung finden. Weiter kommt hinzu, daß das Strafrecht in Rom eine viel geringere Bedeutung als das Zivilrecht gehabt hat.

Die Römer haben zwar einige Sonderdelikte, die sich ausschließlich gegen römische Amtsträger richteten, herausgebildet. Grundsätzlich haben sie aber alle strafbaren Handlungen der Beamten nur unter die allgemeinen Bestimmungen subsumiert. Als Sonderdelikte

[1]) Vgl. Meves, HH. III S. 915.

erscheinen das crimen repetundarum, das sich gegen ungerechtfertigte amtliche Bereicherung durch Erpressung von Seiten der Provinzialstatthalter richtete[2]; das crimen de residuis, durch welches das Zurückbehalten amtlich anvertrauter Gelder oder die Nichtverwendung zu einem bestimmten Zweck mit Strafe belegt wurde[3]) und der uneigentliche ambitus, der in der Besetzung eines Amtes aus unlauteren Gründen bestand[4]).

Damit sind die Sonderdelikte der römischen Amtsträger im großen und ganzen erschöpft. Im übrigen wurden die Beamten, wie schon erwähnt, nach den allgemeinen Bestimmungen bestraft. So wurden beispielsweise schwere Verletzungen der Amtspflicht (Verletzung der Verfassung, Kriegsbeginn ohne Auftrag) als maiestas[5]), die Erzwingung von Leistungen durch Mißbrauch der Amtsgewalt als concussio[6]), Überschreitung der Kompetenz bei der Bestrafung als iniuria[7]), Mißbrauch des öffentlichen Amtes bei Verhaftung, Folterung und Züchtigung als crimen vis[8]), Richterbestechung und Rechtsbeugung als falsum[9]), Diebstahl am beweglichen Staatsgut durch einen Beamten als peculat[10]) bestraft.

Infolge der Einteilung aller Verbrechen nach prozessualen Gesichtspunkten konnten die Römer weder einen Begriff des Amtsdelekts noch den eines eigentlichen und uneigentlichen Amtsverbrechen herausbilden. Die Sonderdelikte der römischen Amtsträger sind deshalb für das geltende Recht ohne Bedeutung, da sie lediglich eine unsystematische Regelung einzelner Fälle darstellen.

Über die Zurechnung besonderer Umstände haben die Römer allgemeine Grundsätze nicht aufgestellt, sondern haben diese Frage nur in einzelnen Fällen entschieden. So wurde beispielsweise beim parricidium der conscius, der kein Verwandter des Getöteten war, mit der Strafe des Verwandtenmordes belegt[11]). Sie ließen also im Gegensatz zum heutigen § 50 das strafändernde Verhältnis auf den außenstehenden Teilnehmer hinüberwirken. Aus diesem Einzelfall kann jedoch ein allgemeines Prinzip für die Behandlung außenstehender Teilnehmer an Sonderverbrechen nicht hergeleitet werden.

---

[2]) Vgl. Mommsen S. 721.
[3]) Rein S. 695/96.
[4]) Stock S. 63.
[5]) Vgl. Mommsen S. 555 ff.
[6]) Vgl. Mommsen S. 717.
[7]) Vgl. Mommsen S. 797.
[8]) Vgl. Mommsen S. 663 ff.
[9]) Vgl. Mommsen S. 674.
[10]) Vgl. Henke S. 541.
[11]) Vgl. hierzu Krug S. 5 ff. u. Feuerbach-Mittermaier S. 388 Anm. 1.

## II. Die Amtsdelikte im mittelalterlichen italienischen Strafrecht[12]).

Die italienische Wissenschaft hat im Anschluß an das römische Recht die Amtsdelikte weiter ausgebildet. Bestraft wurden nach den Statuten insbesondere der Bruch des Amtsgeheimnisses; die Geschenkannahme und Bestechung; die ungerechtfertigte Gebührenüberhebung; die Vergehen der Kerkermeister, die vom Gefangenen mehr verlangten, als sie berechtigt waren; die ungerechtfertigte Bedrückung der Gefangenen; die ungerechtfertigte Zollerhebung; die Amtserpressung und zahlreiche Verletzungen der Richterpflicht. Diese Delikte wurden meistens mit Geldstrafe geahndet; daneben trat häufig Verlust des Amtes ein. Auch die Statuten kannten keine den heutigen „Verbrechen und Vergehen im Amte" entsprechende Gruppe von Delikten. Deshalb konnte auch ein Begriff des Amtsdelikts nicht herausgebildet werden.

Im Gegensatz zum römischen Recht wurde aber den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen eine größere Beachtung geschenkt. Diese wurden, wenn sie bei einem an einer strafbaren Handlung Beteiligten vorlagen, auf dessen Person beschränkt, wurden also als unübertragbar angesehen[13]). Entsprechend dieser Auffassung wurde der außenstehende Anstifter zu einem Amtsverbrechen oft milder bestraft. So erlitt in Novara nur der Notar, der eine falsche Urkunde anfertigte, nicht auch der Anstifter, im Falle der Nichtzahlung der Geldstrafe, die Handverstümmelung[14]).

## III. Die Amtsdelikte im germanischen und im mittelalterlichen deutschen Strafrecht[15]).

Ebenso wie im römischen Recht finden wir im germanischen und mittelalterlichen deutschen Strafrecht nur vereinzelte Bestimmungen, die sich gegen Amtsträger richten.

Nach dem Recht der salischen Franken machten sich die Geschworenen, wenn sie einen Richterspruch nicht fällten, der Rechtsverweigerung[16]) und der Graf, der nicht rechtzeitig mit Rechtshilfe eintrat, der Rechtsverzögerung schuldig[17]). Nach dem Recht der

---

[12]) Vgl. Kohler, Studien VI S. 663 ff.
[13]) Vgl. Krug S. 6 und 7 und die dort angeführten Belegstellen; Kohler Studien S. 240.
[14]) Vgl. Kohler, Studien S. 240.
[15]) Vgl. His, Bd. II S. 68 ff.
[16]) Vgl. Eckhardt, Germanenrechte, Bd. 2 (I) S. 91 Ziff. 60.
[17]) Vgl. Eckhardt, Germanenrechte, Bd. 1 S. 77, Ziff. 50 Nr. 4.

salischen und ribuarischen Franken wurde das falsche Urteilen[18]) und die Pfändung über die rechtmäßige Schuld hinaus mit Strafe belegt[19]). Nach dem ribuarischen Recht war die Annahme von Geschenken[20]) und nach den karolingischen Gesetzen die Erhebung unrechtmäßiger Zölle den Beamten verboten[21]).

Wie in den germanischen Rechten, so finden sich in den mittelalterlichen Rechtsquellen nur vereinzelte Sonderdelikte der Amtsträger. Im großen und ganzen sind nur die germanischen Sonderdelikte fortgebildet worden. Darüber hinaus wird in manchen Stadtrechten der Bruch des Amtsgeheimnisses und die Amtsunterschlagung erwähnt[22]).

Ein Begriff des Amtsdelikts war den germanischen Rechten und den Quellen des deutschen Mittelalters ebenfalls unbekannt[23]). Es ist daher von Liszt-Schmidt[24]) Recht zu geben, daß das römische und germanische Strafrecht auf diesem Gebiete für uns nur die Bedeutung geschichtlicher Erinnerungen ohne lebendigen Zusammenhang mit der Gegenwart besitzt.

## IV. Die Amtsdelikte in der Carolina und den Reichspolizeiverordnungen.

Auch die Carolina kennt einen Begriff des Amtsdelikts nicht. Sie enthält nur einige Sonderdelikte, die sich in der Hauptsache mit den Richtern befassen. Nach Art. 20 haftet der Richter dem zu Unrecht Gefolterten; nach Art. 21 darf der Richter von Personen, die sich mit Zauberei beschäftigen, keine Anzeigen entgegennehmen, um ein Strafverfahren einzuleiten oder Gefängnis zu verhängen; Art. 22 verbietet die Verurteilung auf Grund von Indizien; Art. 61 untersagt den Richtern den Torturmißbrauch; Art. 100 verbietet überflüssiges Untersuchen; Art. 180 droht dem, der einen Gefangenen zur Flucht verhilft, die Strafe an, die der Gefangene zu verbüßen hatte; Art. 205 untersagt die Annahme von Belohnungen, Art. 218 in Verbindung mit 219 das falsche Urteil.

Außer in der Carolina finden wir noch einige Sonderbestimmungen gegen Amtsträger in den Reichspolizeiverordnungen, insbe-

---

[18]) Vgl. Eckhardt, Germanenrechte, Bd. 2 (I) S. 91, Ziff. 60 Nr. 3.
[19]) Vgl. Eckhardt, Germanenrechte, Bd. 1 S. 77 Ziff. 51 Nr. 2.
[20]) Vgl. Eckhardt, Germanenrechte, Bd. 2 (I) S. 201 Ziff. 88.
[21]) Vgl. Sickel, ZStW. 7 S. 505 ff.
[22]) Vgl. His, Bd. II S. 68 ff.
[23]) Vgl. Puppe S. 15.
[24]) 25. Auflage, S. 815.

sondere gegen die Richter und Advokaten bei Prozeßverschleppung und Ungebühr[25]).

Auch in diesen Gesetzen fehlt eine Gruppe der Amtsdelikte vollkommen, so daß sich ein Begriff des eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikts nicht herausbilden konnte.

## V. Die Amtsdelikte im gemeinen Recht.

Durch die Rezeption des römischen Rechts im 16. und 17. Jahrhundert dringen die römischen Amtsdelikte auch in Deutschland ein. Sie werden von der gemeinrechtlichen Wissenschaft weiter entwickelt. Zu den Amtsverbrechen im eigentlichen Sinne gehören nach gemeinem Recht der Amtsmißbrauch (crimen repetundarum), die Veruntreuung (crimen de residuis) und das Verbrechen verletzter Richterpflicht[26]). Unter das crimen repetundarum fallen der Mißbrauch der Amtsgewalt im engeren Sinne (z. B. absichtlicher Mißbrauch der richterlichen Gewalt zur Unterdrückung der Unschuld, die amtliche Erpressung (concussio) und die Bestechung (corruptio)[27]). Unter das crimen de residuis fallen die Handlungen der Kassenbeamten, die das ihnen anvertraute bewegliche öffentliche Eigentum eigenmächtig in ihren Privatbesitz bringen[28]). Das Verbrechen verletzter Richterpflicht wird von dem Richter begangen, welcher in einer streitigen Rechtssache entweder durch Nichtausübung seines Amtes oder durch gesetzwidrige Ausübung desselben einer Person Schaden zufügt oder Vorteile verschafft, sofern die betreffende Handlung sich nicht schon unter die eben erwähnten Delikte subsumieren läßt[29]). Es kann in allen Zivil- und Strafsachen begangen werden. Daneben werden alle Amtspflichtverletzungen, wenn in ihnen ein gemeines Verbrechen liegt, gemäß diesem bestraft. Außerdem unterliegen alle Amtspflichtverletzungen der disziplinaren Ahndung nach dem Dienstvertrag oder den Instruktionen[30]). So hatte die gemeinrechtliche Lehre unter Übernahme der römisch-rechtlichen Begriffe eine Bestrafung der Dienstverfehlung der öffentlich Bediensteten ermöglicht.

In der Folgezeit versucht man, die vielgestaltigen Vergehen der Bediensteten zusammenzufassen, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Persönlichkeit des Täters. So bildeten sich im 17.

---

[25]) Vgl. v. Hippel, D.Strafr. Bd. I S. 219.
[26]) Vgl. Feuerbach, Lehrb. § 477.
[27]) Vgl. Feuerbach, Lehrb. § 478, 479, 479 a. u. 479 b.
[28]) Vgl. Feuerbach, Lehrb. § 481.
[29]) Vgl. Feuerbach, Lehrb. § 483.
[30]) Vgl. Feuerbach, Lehrb. § 477.

und 18. Jahrhundert die delicta propria ministrorum prinzipis[31]) heraus. Diese zerfallen in zwei Gruppen:

1. in die delicta communia ministrorum principis, die gemeine Delikte sind und von jeder anderen Person begangen werden konnten,
2. in die delicta propria ministrorum principis. Hierunter fallen alle Delikte, die mit dem Amt in Beziehung stehen. Sie zerfallen wiederum in zwei Gruppen:
   a) Die delicta propria nominata. Dies sind die oben dargestellten Delikte des Amtsmißbrauchs, der Veruntreuung und der Verletzung der Richterpflicht.
   b) Die delicta propria innominata. Sie richten sich in der Hauptsache gegen die Verletzung der Interessen des Fürsten, z. B. Verwaltung eines Amtes zum eigenen Nutzen, unüberlegtes Raten zum Krieg, Habsucht, Verlassen des Landesherren, ungeziemende Handlungen usw.[32]).

Im gemeinen Recht findet man also zum ersten Mal eine Gruppe von Amtsdelikten, die in eigentliche und uneigentliche eingeteilt werden. Bei den delicta communia spielte der Täterbegriff keine Rolle, so daß auch jede Privatperson als Täter bestraft werden konnte. Ebenso konnten Außenstehende, wenn sie an einem delictum commune teilnahmen, bestraft werden, weil die Strafe aus dem gemeinen Deliktsbegriff abgeleitet wurde[33]). Bei den delicta propria ist die Möglichkeit der Täterschaft auf den wirklichen Diener beschränkt und die Teilnahme Außenstehender ausgeschlossen.

## VI. Die Amtsdelikte im Allgemeinen Landrecht.

Im Anschluß an das gemeine Recht hat das Allgemeine Landrecht (ALR.) die Verbrechen der Diener des Staates im zweiten Teil, 20. Titel, 8. Abschnitt zusammenfassend behandelt. Sie zerfallen in 8 Gruppen, von denen die erste die allgemeinen Amtsverbrechen, z. B. Pflichtverletzung bei der Ämterbesetzung, passive Bestechung, Bruch der Amtsverschwiegenheit usw., behandeln, während in den übrigen Abschnitten die Delikte der einzelnen Staatsdienergruppen, z. B. der Justiz-, Finanz-, Polizeibedienten, enthalten sind. Als Täter der Staatsdienerdelikte kommen durchweg nur Amtsträger in Be-

[31]) Vgl. Stock § 11.
[32]) Vgl. Stock S. 90/91.
[33]) Vgl. Stock S. 77.

tracht. Ausnahmen bilden nur die in die 1. Gruppe eingestreuten delicta communia, wie z. B. die Amtserschleichung, die auch von Nichtstaatsdienern begangen werden konnten. Die Staatsdienerdelikte des ALR. sind ein Standesrecht. Dieser Charakter bedingt, daß das Subjekt der Handlung die den Tatbestand beherrschende Rolle erhält. Deshalb war auch eine strafbare Teilnahme Außenstehender ausgeschlossen[34]). Dies war ein empfindlicher Mangel, sobald es sich um schwere, über das Beamtenverhältnis hinausgreifende Verstöße handelte, so daß bei den Beratungen über die Strafrechtsreform im Jahre 1833 die Strafbarkeit der Teilnahme am eigentlichen Amtsverbrechen gefordert wurde[35]).

## VII. Die Amtsdelikte im preußischen Strafgesetzbuch von 1851.

Das preußische Strafgesetzbuch behandelt die Amtsdelikte im 28. Abschnitt. Man findet in diesem sogenannte eigentliche und uneigentliche Amtsverbrechen. So behandelt der § 315 den Mißbrauch der Amtsgewalt zur Nötigung eines Dritten, der § 316 die Körperverletzung und Mißhandlung im Amte. Von den Staatsdienerdelikten des ALR. hat sich das preußische Strafgesetzbuch insoweit entfernt, als es auch den Schiedsrichter und die Geschworenen als taugliche Täter spezieller Amtsverbrechen aufführt. Dadurch haben die Amtsdelikte im preußischen Recht den Charakter der Standesdelikte verloren.

Hinsichtlich der Teilnahme am eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikt bestimmte das preußische Strafgesetzbuch im § 331 Abs. 2, daß auf den Nichtbeamten die allgemeinen Grundsätze über die Teilnahme Anwendung finden sollten. Im Gegensatz zum preußischen Recht bestimmte das württembergische Gesetzbuch in Artikel 404 und das braunschweigische im § 252, daß der Nichtbeamte, welcher an dem Verbrechen eines Beamten teilnahm, nur insofern bestraft werden sollte, als darin gleichzeitig ein gemeines Verbrechen lag. Der Artikel 404 und der § 252 dieser Gesetzbücher stellen in Bezug auf die uneigentlichen Amtsdelikte nur eine spezielle Regelung dar; denn das braunschweigische Gesetzbuch enthält in § 54 noch die allgemeine Vorschrift, daß ein außenstehender Teilnehmer nur nach den bei ihm vorliegenden strafändernden Verhältnissen zu beurteilen sei, während im Gegensatz dazu da-

[34]) Vgl. Stock S. 155.
[35]) Vgl. Beseler S. 565.

württembergische Gesetzbuch in Artikel 87 die strafändernden persönlichen Verhältnisse, die beim Täter vorliegen, auch auf den außenstehenden Teilnehmer hinüberwirken läßt[36]).

Das RStGB. enthält über die Teilnahme am Amtsverbrechen entgegen den erwähnten Landesstrafgesetzbüchern keine besondere Vorschrift. Es hat im § 50 nur eine allgemeine Regelung über die Zurechnung der straferhöhenden und strafmindernden Umstände getroffen. Bei der Schaffung dieser Vorschrift hat der § 54 des braunschweigischen Gesetzbuches und insbesondere der Artikel 65 Abs. 3 des bayrischen Strafgesetzbuches von 1862, der sich mit den Umständen, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern, ausschließen oder tilgen, befaßt und diese auf die Personen, bei denen sie vorlagen, beschränkte, als Vorbild gedient. Im 1. Entwurf des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 ist die Vorschrift des heutigen § 50 im § 41 Abs. 3 enthalten. Der zweite Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund löste den Absatz 3 von § 41 los und gab ihm als einem selbständigen § 48 die Fassung, die im geltenden Strafgesetzbuch der § 50 erhalten hat.

Über die Zurechnung strafbegründender Umstände fehlt eine Vorschrift überhaupt, insbesondere hat das RStGB. keine spezielle Regelung für die Teilnahme Außenstehender am Amtsdelikt geschaffen.

## 3. Abschnitt.

### Der Begriff des Amtsdelikts im geltenden Strafrecht.

Die Amtsdelikte sind im 28. Abschnitt des RStGB. zusammengefaßt. Abschließend ist diese Regelung jedoch nicht, da sich, wie schon in der Einleitung hervorgehoben, auch in anderen Teilen des Gesetzbuches Bestimmungen befinden, die auf Amtsträger Bezug nehmen[37]). Weder im 28. noch in den anderen Abschnitten ist aber eine allgemeine Begriffsbestimmung des Amtsdelikts enthalten. Es

---

[36]) Vgl. Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuches von 1843, Bd. I, Berlin 1845, S. 157.

[37]) So z. B. die §§ 128 Abs. 2, 129 Abs. 2, 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 usw. A. M. Gerland S. 353, der nur die im 28. Abschnitt aufgezählten strafbaren Handlungen als Amtsverbrechen betrachtet.

bleibt daher nichts anderes übrig, als eine solche auf Grund der gemeinsamen Merkmale der im 28. Abschnitt aufgezählten strafbaren Handlungen zu treffen. Alle Tatbestände dieses Abschnitts, von einigen Ausnahmen[38]) abgesehen, können nur von einem dort näher bezeichneten Amtsträger verwirklicht werden. Man könnte daher zunächst annehmen, daß ein Amtsdelikt dann vorliegt, wenn der Täter ein Amtsträger ist. Diese Begriffsbestimmung wäre jedoch unzutreffend.

Der 28. Abschnitt trägt die Überschrift „Verbrechen und Vergehen im Amte". Schon aus der Bezeichnung der Amtsdelikte als strafbare Handlungen *im Amte* geht hervor, daß neben der Amtsträgereigenschaft eine Beziehung der Tat zum Amte gefordert wird. Diese wird in einigen Tatbeständen noch besonders durch die Worte „in Ausübung oder Veranlassung der Ausübung seines Amtes"[39]) zum Ausdruck gebracht. *Amtsdelikte sind daher im Amte begangene strafbare Handlungen der Amtsträger.* Die mit der Verwaltung eines Amtes verbundenen Pflichten sind daher nicht gleichbedeutend mit den Pflichten eines Beamten[40]). Nach dieser Begriffsbestimmung gehören diejenigen Tatbestände, die nur die Amtsträgereigenschaft des Täters zur Voraussetzung haben, an sich deshalb noch nicht zu den Amtsdelikten. Es scheiden daher insbesondere die §§ 128 Abs. 2, 129 Abs. 2 aus der Gruppe der Amtsverbrechen aus. Außerdem schafft die oben getroffene Begriffsbestimmung noch nach einer anderen Richtung eine scharfe Abgrenzung. Begeht nämlich ein Amtsträger *außerhalb* seines Amtes eine strafbare Handlung, so kann diese nicht nach den besonderen Vorschriften der Amtsdelikte, sondern nur nach den allgemeinen Bestimmungen beurteilt werden. Ein Amtsträger, der beispielsweise eine Körperverletzung außerhalb seines Amtes begeht, kann mithin nicht nach § 340, sondern nur nach den §§ 223 ff. bestraft werden. Aus diesem Grunde sind die Amtsdelikte des geltenden Strafrechts keine Standesdelikte mehr[41]). Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie unabhängig davon, ob innerhalb oder außerhalb des Amtes begangen, Anwendung finden könnten. Ferner scheiden diejenigen Tatbestände aus der Gruppe der Amtsdelikte aus, deren Täter kein Amtsträger ist. Hierher gehören z. B. die §§ 334 und 336, soweit bei ihnen der Schiedsrichter als Täter aufgeführt ist.

---

[38]) Z. B. die §§ 333, 334 Abs. 2.
[39]) Vgl. die §§ 340, 341.
[40]) So Olshausen, Komm. Bd. II S. 1829.
[41]) So die herrschende Meinung; vgl. z. B. Olshausen, Komm. Bd. II S. 1829; a. A. wohl Frank, der auf Seite 109 seines Kommentars von Standesdelikten der Beamten spricht.

## 4. Abschnitt.

### Der Begriff des sogenannten eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikts im geltenden Strafrecht.

Die Amtsdelikte werden von der Rechtsprechung und dem Schrifttum in eigentliche (echte, reine) und uneigentliche (unechte, gemischte) eingeteilt. Diese Unterscheidung beruht, wie bereits im 1. Abschnitt ausgeführt worden ist, auf der durch § 50 bedingten verschiedenen Zurechnung der strafändernden und strafbegründenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse. Zu diesen gehört auch die Amtsträgereigenschaft bezw. das amtliche Verhältnis. Verändern diese Umstände die Strafe eines gemeinen Delikts, so werden Täter und Teilnehmer verschieden behandelt, je nachdem sie Amtsträger sind oder nicht. Begründen die persönlichen Umstände dagegen erst die Strafbarkeit, so greift die Regel des § 50 nicht Platz[42]). Diese verschiedene Behandlung der strafändernden und strafbegründenden Umstände bildet den Ausgangspunkt für die Einteilung der Amtsdelikte in sogenannte eigentliche und uneigentliche. Trotzdem die meisten Schriftsteller und das RG. diesen durchaus richtigen Ausgangspunkt benutzten, wird von ihnen die Zuteilung der Amtsdelikte zu der einen oder anderen Gruppe nach verschiedenen Gesichtspunkten vorgenommen. Es lassen sich folgende Gruppen[43]) unterscheiden:

### I.

1. Manche Schriftsteller und das Reichsgericht gehen vom Subjekt aus und bezeichnen als eigentliches Amtsdelikt dasjenige, das kein anderer als ein Amtsträger verüben kann — bei dem also die Amtsträgereigenschaft strafbegründend wirkt — und als uneigentliches das, welches — von der Amtsträgereigenschaft abgesehen — von jedermann begehbar ist, bei dem also die Amtsträgereigenschaft nur einen straferhöhenden Umstand bildet[44]).

---

[42]) Eine nähere Erörterung der Täter- und Teilnehmerfragen kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Es wird auf den 7. bis 11. Abschnitt verwiesen.

[43]) Vgl. hierzu Wachinger, VDB. IX S. 225; Bohne S. 126; Meves, Ger.S. 39 S. 216/217.

[44]) So Olshausen, Komm. II S. 1829/30; Leipz. Komm. S. 1072; Frank, Komm. S. 748; Schwartz, Komm. S. 729; Meves in HH. S. 946; Schütze, Lb. S. 532; Liszt-Schmidt, 25. Aufl. S. 818; Kohlrausch, Komm. Vorb. z. 28. Absch.; Meyer-Allfeld, 8. Aufl. S. 604; Heimberger S. 163; Gerland S. 354; Birkmeyer, Encyklopädie, S. 1200; RGSt. 55, 181.

Die Anhänger dieser Lehre gehen ganz richtig von der auf § 50 beruhenden verschiedenen Behandlung der strafändernden und strafbegründenden Umstände aus. Insoweit ist nichts zu erinnern. Aber nach einer anderen Richtung gehen sie fehl. Wir haben im 2. Abschnitt festgestellt, daß Amtsverbrechen „im Amte begangene strafbare Handlungen der Amtsträger" sind. Diese Ausgestaltung der Amtsdelikte wird von ihnen vollkommen unbeachtet gelassen. Nicht die Amtsträgereigenschaft allein macht den Tatbestand eines Amtsverbrechens aus, sondern es muß noch die Beziehung zum Amte hinzukommen[45]). Infolge der Nichtbeachtung dieses letzten Momentes führt die Lehre zu abwegigen Ergebnissen. Sie müßte, wenn sie ihre oben wiedergegebene Begriffsbestimmung folgerichtig anwenden würde, einen Amtsträger, der eine Körperverletzung außerhalb seines Amtes begeht, nach § 340 bestrafen, was dem Aufbau der Amtsdelikte, die nur Anwendung auf im Amte begangene strafbare Handlungen finden, widersprechen würde. Der Amtsträger ist für eine außerhalb seines Amtes begangene Körperverletzung nur nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 223 ff. zu bestrafen. Die Unrichtigkeit dieser Lehre tritt weiter bei den Paragraphen in Erscheinung, die die Beziehung zum Amte nicht verlangen, insbesondere bei den §§ 128 Abs. 2 und 129 Abs. 2. Diese Bestimmungen werden ohne Bedenken zu den uneigentlichen Amtsdelikten gerechnet, was jedoch unzutreffend ist, da hier die Amtsträgereigenschaft einzig und allein als Strafschärfungsgrund verwendet wird[46]).

2 a) Andere Schriftsteller benutzen das Rechtsschutzobjekt zur Ziehung der Grenzlinie. Nach dieser Lehre enthalten reine Amtsverbrechen die Bestimmungen, bei denen die Amtspflichtverletzung das primäre Angriffsobjekt bildet, also strafbegründend wirkt, und gemischte Amtsverbrechen die Tatbestände, bei denen die Amtspflichtverletzung zu einem gemeinen Rechtsgut als sekundäres Schutzobjekt hinzutritt und deshalb nur strafändernde Wirkung hat[47]).

Diese Lehre benutzt für die Einteilung ebenfalls den Gegensatz von strafbegründenden und strafändernden Umständen[48]). Sie läßt aber wie die erste Gruppe völlig unbeachtet, daß ein Amtsdelikt nur dann vorliegt, wenn die strafbare Handlung von einem Amtsträger im Amte begangen worden ist. Die mit der Verwaltung eines Amtes verbundenen Pflichten sind eben nicht gleichbedeutend mit den Pflichten eines Beamten, ganz abgesehen davon, daß die Verletzung

---

[45]) Ebenso Heber S. 10; Karstedt S. 74/75.
[46]) So Gerland S. 354.
[47]) Vgl. Berner, Lb. S. 605; Merkel S. 410/11; Loening S. 126.
[48]) Vgl. Bohne S. 126.

der Amtspflicht überhaupt kein geeignetes Rechtsschutzobjekt für die Amtsdelikte abgibt. Diese Lehre leidet daher an den gleichen Mängeln wie die von den Anhängern der ersten Gruppe vertretene Auffassung.

Es ist daher auch kein Zufall, daß beide Lehren bei der Einteilung der Amtsdelikte in eigentliche und uneigentliche zu fast gleichen Ergebnissen kommen[49]). Der Grund für die weitgehende Übereinstimmung liegt in dem gemeinsamen Ausgangspunkt, nämlich dem Gegensatz von strafändernden und strafbegründenden Umständen. Dies wird klar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Amtspflichtverletzungen durch die Amtsträgereigenschaft bedingt sind. Nur wer Amtsträger ist, kann eine Amtspflichtverletzung begehen. Es ist deshalb gleichgültig, ob man in der Amtsträgereigenschaft oder in der durch sie ermöglichten Amtspflichtverletzung den straferhöhenden oder strafbegründenden Umstand erblickt.

b) An die zweite Gruppe schließt sich Hälschner[50]) an. Er wendet sich gegen die Verwendung der Beamteneigenschaft als alleiniges Unterscheidungsmerkmal. Nicht die persönliche Eigenschaft des Täters bilde den Qualifikationsgrund, sondern der Umstand, daß mit dem gemeinen Delikt ein rechtswidriger Mißbrauch der Amtsgewalt konkurriere. Im übrigen betont er, sei es verfehlt, von eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikten zu sprechen. Auch die uneigentlichen Amtsverbrechen seien eigentliche, da bei ihnen der Mißbrauch der Amtsgewalt ein wesentliches Merkmal bilde. Er teilt sie deshalb in reine und gemischte ein. Ein reines Amtsdelikt liegt nach seiner Auffassung dann vor, wenn es lediglich in dem Mißbrauch der Amtsgewalt besteht, ein uneigentliches dann, wenn die Amtsgewalt zur Verübung eines gemeinen Delikts mißbraucht wird. Er zählt insbesondere die §§ 128 Abs. 2 und 129 Abs. 2 nicht zu den Amtsdelikten, weil sie keine Beziehung zum Amte erfordern und deshalb nicht in einem Mißbrauch der Amtsgewalt beständen. Bei ihnen bilde lediglich die Beamteneigenschaft den Strafschärfungsgrund.

Hälschner betont ganz richtig das charakteristische Merkmal des Amtsdelikts, nämlich die amtliche Beziehung, durch die alle Amtsdelikte gekennzeichnet sind, und beseitigt so die Mängel, die den bisher dargestellten Lehren anhaften. Gegen seine Auffassung und die derjenigen Schriftsteller, die vom Rechtsschutzobjekt ausgehen, ist aber einzuwenden, daß der § 50 auf die persönlichen Verhältnisse und nicht auf die erst durch sie ermöglichten Rechtsgutsverletzungen abstellt. Ganz abgesehen davon sprechen aber auch Zweckmäßigkeits-

---

[49]) Vgl. beispielsweise die Einteilung bei Meves in HH. III S. 948 mit der von Berner, Lb. S. 605.

[50]) Lehrb. II S. 1026/27.

gründe gegen diese Lehre, da die Wissenschaft bei der Bestimmung des Rechtsschutzobjektes zu sehr verschiedenen Ergebnissen kommt[51]). Außerdem vermengt sie mit der Frage der Einteilung der Amtsdelikte die des Qualifikationsgrundes; denn die Anordnung der höheren Strafen bei den uneigentlichen Amtsdelikten läßt sich nur aus ihrem Wesen, also dem Rechtsschutzobjekt, erklären[52]).

## II.

1. Einige Schriftsteller lehnen die Einteilung der Amtsdelikte in eigentliche und uneigentliche überhaupt ab. Sie verwerfen wie Hälschner die Bezeichnung „uneigentliche Amtsverbrechen", aber aus dem entgegengesetzten Grunde. Während Hälschner sie als eigentliche Amtsdelikte aufgefaßt wissen will, behaupten Oppenheim, Binding und Nagler[53]), daß die durch die Beamteneigenschaft qualifizierten Delikte überhaupt keine Amtsdelikte, sondern nur qualifizierte gemeine Delikte seien. Oppenheim stellt die Abgrenzung der Amtsdelikte von den qualifizierten gemeinen Verbrechen ebenfalls auf das Rechtsschutzobjekt ab. Dieses bestehe in der Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern, deren Verletzung oder Gefährdung ihrer Natur nach nur durch Inhaber eines Amtes stattfinden könne, weil nur ihnen vermöge ihres Amtes eine Einwirkung auf diese Rechtsgüter möglich sei. Er führt aber seine Auffassung nicht folgerichtig durch. So betrachtet er den § 339 nur auf Grund seiner Entstehungsgeschichte als qualifiziertes gemeines Delikt[54]). Den § 341 zählt er deshalb zu den qualifizierten gemeinen Delikten, weil das Rechtsgut der gesetzmäßigen Ausübung der Amtsgewalt und nicht das der persönlichen Freiheit entscheidend sei[55]). Bei den §§ 354 und 355 zieht er aus der Zusammenstellung der verschiedenen strafbaren Handlungen der Post- und Telegraphenbeamten, bei § 357 aus der Zusammenfassung aller strafbaren Handlungen des Amtsvorgesetzten den Schluß, daß sämtliche Fälle gegen das Rechtsgut der gesetzmäßigen Ausübung der Amtsgewalt gerichtet seien, und zählt sie deshalb zu den Amtsdelikten[56]).

---

[51]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 381 Anm. 1. Er betont, daß die sehr heikle Scheidung der Amtsdelikte nach dem (in erster Linie) angegriffenen Rechtsgut dem positiven Recht so fernliege, daß man fremde Gedanken in dasselbe hineintrage, wenn man auf ihr entscheidende praktische Unterschiede aufbaue.

[52]) Diese Frage wird im 5. Abschnitt noch genauer untersucht werden.

[53]) Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 18/19 und 21; Binding, Lb. II (2) S. 404 ff.; Nagler, Teilnahme S. 21 Anm. 2.

[54]) Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 25/26.

[55]) Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 26.

[56]) Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 28.

Später modifizierte Oppenheim jedoch diese Auffassung und erkannte die Amtsgewalt des Täters als sekundäres Schutzobjekt der qualifizierten gemeinen Delikte an[57]).

Oppenheims Lehre beruht ebenfalls auf der verschiedenen Behandlung der strafändernden und strafbegründenden Umstände. Soweit er die uneigentlichen Amtsdelikte aus der Gruppe der Amtsverbrechen ausscheidet, geht er jedoch fehl. Die eigentlichen und uneigentlichen Amtsdelikte sind Sonderverbrechen, da sie in ihrer besonderen Ausgestaltung nur von einem Amtsträger begangen werden können[58]). Durch den Begriff des Sonderverbrechens wird die Gruppe der Amtsdelikte zu einem einheitlichen Ganzen zusammengefaßt. Auch das uneigentliche Amtsdelikt ist daher wirkliches Amtsverbrechen, ganz unabhängig davon, ob man es systematisch als qualifiziertes Delikt oder delictum sui generis auffaßt.

2. Ganz aus dem Rahmen der bisher dargestellten Lehren fällt die Auffassung Bindings. Er sucht die Norm für die Einteilung der Amtsdelikte in wirkliche Amtsverbrechen und qualifizierte gemeine Delikte nicht innerhalb, sondern außerhalb des Gesetzes. Als wirkliche Amtsverbrechen betrachtet er diejenigen Bestimmungen, bei denen die Handlung sich als mißbräuchliche Kompetenzanwendung darstellt und als qualifizierte gemeine Delikte die, bei denen die Handlung in einer Kompetenzanmaßung besteht[59]).

Wirkliche Amtsdelikte enthalten nach seiner Begriffbestimmung die §§ 336, 338, 341, 344, 345, 348, 352, 353 und § 346, soweit nicht von unterlassener Strafverfolgung die Rede ist[60]), qualifizierte gemeine Delikte die §§ 331, 332, 334, 339, 343, 347, 350, 353, 354, 355, 357 und 340, 342, soweit die betreffenden Handlungen nicht in die Kompetenz des Beamten fallen[61]).

Gegen die Lehre Bindings ist zu erinnern, daß die qualifizierten gemeinen Delikte ebenfalls wirkliche Amtsdelikte sind. Außerdem spricht gegen sie der § 50, der auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse abstellt und nicht darauf, ob die strafbare Handlung des Beamten innerhalb der generellen Zuständigkeit liegt oder nicht. Dogmatisch ist seine Unterscheidung wertvoll; das geltende Recht hat sie aber nicht zu Grunde gelegt[62]). Im übrigen erkennt

---

[57]) Oppenheim, Objekte des Verbrechens, S. 361.
[58]) Vgl. Mezger, Lb. S. 451; Gerland S. 354.
[59]) Binding, Lb. II (2) S. 404.
[60]) Binding, Lb. II (2) S. 409/10.
[61]) Binding, Lb. II (2) S. 411.
[62]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 381 Anm. 1.

auch Binding selbst an, daß das geltende Recht teilweise anders entscheidet[63]).

## III.

1. Es ist schon oben erwähnt worden, daß die Amtsdelikte zur Gruppe der Sonderdelikte gehören. Die Schaffung solcher Sonderdelikte beruht auf den in § 50 aufgeführten persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen[64]). Wenn die Rechtsordnung Sonderbestimmungen für einzelne Personengruppen schaffen will, so muß sie deren Tatbestand so bilden, daß darin die eigenartigen Merkmale zum Ausdruck kommen, aus denen sich das beschränkte Herrschaftsgebiet ihrer Vorschriften ergibt. Die Rechtstechnik bietet hierfür das Mittel der Aufnahme natürlich oder rechtlich erheblicher Eigenschaften und Verhältnisse in die Ver- oder Gebote. Hierdurch werden die speziell getroffenen Rechtsgenossen gekennzeichnet. Der charakteristische Unterschied zwischen dem Tatbestand des Sonderverbrechens und dem des gemeinen Verbrechens liegt sonach in den persönlichen Tatumständen[65]), die ersterem eigen sind. Hierher gehören alle Straftaten, bei denen die Täterschaft von bestimmten rechtlichen oder natürlichen Eigenschaften oder Verhältnissen abhängt, z. B. Arzt in § 174 Ziff. 3, männliches Geschlecht in § 181 a.

Auf Grund der persönlichen Eigenschaft und Verhältnisse stehen dem Gesetzgeber zwei Wege zur Schaffung von Sonderverbrechen offen. Ist schon ein gemeiner Tatbestand vorhanden, so kann der Gesetzgeber dem Bedürfnis nach verstärktem Schutz dadurch Rechnung tragen, daß er dieses gemeine Delikt durch Hinzufügung eines persönlichen Verhältnisses spezialisiert. Das persönliche Verhältnis wirkt in diesem Fall strafändernd. Fehlt ein gemeines Delikt, so muß der Gesetzgeber einen neuen Tatbestand schaffen, der ausschließlich für die Angehörigen des besonderen Personenkreises Geltung hat. Das persönliche Verhältnis wirkt in diesem Falle strafbegründend.

Nach diesen beiden Möglichkeiten werden die Sonderdelikte in eigentliche (echte) und uneigentliche (unechte) eingeteilt[66]). Diese beiden Arten von Sonderdelikten können in ihrer besonderen Ausgestaltung nur von Trägern des persönlichen Verhältnisses begangen werden. Für beide ist daher der Täterbegriff das kennzeichnende

[63]) Vgl. Binding, Ger.S. 64 S. 15 unter 2 a.
[64]) Vgl. Mezger, Lb. S. 451.
[65]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 26.
[66]) Vgl. Richard Schmidt, Lb. S. 67/68; Wachinger, VDB. IX S. 295.

Merkmal. Eine Unterscheidung der Sonderverbrechen danach, ob durch sie ein Rechtsgut, das nur von den Angehörigen eines bestimmten Personenkreises oder von allen Gesetzesunterworfenen angegriffen werden kann, geschützt wird, ist unrichtig, da es kaum ein Rechtsgut gibt, welches nicht von allen Gesetzesuntertanen verletzt werden kann[67]). Es sei zur Widerlegung dieser Meinung auf die Teilnahmemöglichkeit Außenstehender am eigentlichen Sonderverbrechen hingewiesen.

Die herrschende Lehre überträgt die Einteilungsgrundsätze der Sonderdelikte in eigentliche und uneigentliche auf die Amtsdelikte. Sie benutzt also die straferhöhende oder -begründende Natur der Amtsträgereigenschaft zur Ziehung der Grenzlinie. Diese Lehre würde zu richtigen Ergebnissen kommen, wenn der Gesetzgeber die Amtsträgereigenschaft einzig und allein zur Schaffung von „Verbrechen und Vergehen im Amte" verwendet hätte. Dies hat er jedoch nicht getan, wie die §§ 128 Abs. 2 und 129 Abs. 2 beweisen. In diesen Fällen genügt zur erhöhten Strafbarkeit die bloße Amtsträgereigenschaft. Gleichgültig ist, ob die strafbare Handlung mit dem Amt zusammenhängt oder nicht. Dies läßt die herrschende Lehre mit Ausnahme von Hälschner[68]) völlig unbeachtet. Die genannten Bestimmungen enthalten deshalb überhaupt keine Amtsdelikte, sondern sind nur uneigentliche Sonderdelikte, für die allerdings ebenfalls der § 50 gilt.

Der Gesetzgeber benutzt also zur Schaffung von Sonderdelikten, die sich gegen die Amtsträger richten, teils die Amtsträgereigenschaft ganz allgemein, teils in ihrer Beschränkung auf das Amt. Die Beziehung aller strafbaren Handlungen der Amtsträger zum Amt ist, wie wir bereits im 2. Abschnitt festgestellt haben, das kennzeichnende Merkmal aller Amtsdelikte. Dieser müssen wir unser besonderes Augenmerk zuwenden, wenn wir nicht in den Fehler der herrschenden Lehre verfallen wollen. Der Täter muß nicht nur Beamter sein, sondern er muß auch als solcher gehandelt haben[69]). Die bloße Amtsträgereigenschaft ist für die Einteilung der Amtsdelikte in eigentliche und uneigentliche nicht geeignet, weil wir bei ihrer alleinigen Verwendung gezwungen wären, Tatbestände, bei denen eine amtliche Beziehung nicht verlangt wird, zu den Amtsdelikten zu zählen. Wir können daher, wenn wir zu richtigen Ergebnissen kommen wollen, nur das den Amtsdelikten gemeinsame Merkmal, die Beziehungen der Tat zum Amt, für die Einteilung der Amtsverbrechen

---

[67]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 7/8, 18 u. 113; Binding, Lb. II (2) S. 395, Handb. I S. 333.

[68]) Siehe oben 3. Abschnitt unter I 2 b.

[69]) Vgl. Karstedt S. 74/75.

benutzen. Diese wird von einzelnen Tatbeständen[70]) durch die Worte „in Ausübung oder Veranlassung der Ausübung" noch besonders zum Ausdruck gebracht. Nur die Ausübung eines öffentlichen Amtes[71]) ermöglicht dem Amtsträger die Verletzung der durch die Amtsdelikte geschützten Rechtsgüter. Diese Beziehung zum Amt läßt sich kurz als „amtliches Verhältnis" charakterisieren und fällt als besonderes persönliches Verhältnis unter § 50. Unter Verwendung dieses Begriffs können wir nunmehr das eigentliche und uneigentliche Amtsdelikt bestimmen. Wir haben schon ausgeführt, daß die Sonderverbrechen in eigentliche und uneigentliche eingeteilt werden, je nachdem die persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse strafändernd oder -begründend wirken. Da die Amtsdelikte ebenfalls Sonderverbrechen sind, können wir diese Einteilungsgrundsätze unter Verwendung des amtlichen Verhältnisses auf sie übertragen.

**Ein eigentliches Amtsdelikt liegt daher dann vor, wenn das amtliche Verhältnis die Strafbarkeit begründet, ein uneigentliches dann, wenn das amtliche Verhältnis die Strafbarkeit erhöht.**

2. Mit dieser Begriffsbestimmung ist die Einteilung der Amtsdelikte in die beiden Gruppen nur allgemein gekennzeichnet. Man streitet weiter darüber, unter welchen Voraussetzungen das amtliche Verhältnis strafbegründend oder straferhöhend wirkt. Im Schrifttum stehen sich zwei Auffassungen gegenüber, die die eigentliche Ursache der verschiedenen Ergebnisse, zu denen man gelangt, sind.

a) Man behauptet, daß das amtliche Verhältnis dann straferhöhend wirke, wenn der Tatbestand des Amtsdelikts — von der Amtsträgereigenschaft und den das amtliche Verhältnis andeutenden Worten abgesehen — dem Tatbestand eines gemeinen Delikts ähnlich sei[72]). Fehle die Ähnlichkeit, so wirke das amtliche Verhältnis strafbegründend. Diese Lehre gewährleistet keine scharfe Trennung zwischen beiden Gruppen, da der von ihr zugrunde gelegte Begriff der Ähnlichkeit viel zu unbestimmt ist.

b) Eine andere Gruppe[73]) behauptet, daß das amtliche Verhältnis dann straferhöhend wirke, wenn der Tatbestand des Amts-

---

[70]) Vgl. beispielsweise die §§ 340 u. 342.

[71]) A. M. Wachinger VDB. IX S. 296, nach dessen Auffassung schon die Innehabung eines öffentlichen Amtes die Verletzung der besonderen Rechtsgüter ermöglicht. Dies ist jedoch unzutreffend, da bei den §§ 128 Abs. 2 u. 129 Abs. 2 ebenfalls die Innehabung eines öffentlichen Amtes zur erhöhten Strafbarkeit genügt.

[72]) Vgl. Munzinger S. 100/101.

[73]) Vgl. Wachinger, VDB. IX S. 295.

verbrechens mit dem eines gemeinen Delikts identisch sei. Bei allen Tatbeständen, bei denen dies nicht der Fall sei, wirke das amtliche Verhältnis dagegen strafbegründend. Diese Lehre führt zu einer scharfen Trennung beider Gruppen, läßt sich aber bei den im 28. Abschnitt zusammengefaßten Delikten nicht durchführen, da der Gesetzgeber den Grundsatz der Identität nicht streng beachtet hat. Würde man dieser Auffassung folgen, so würden viele Delikte, die zu den uneigentlichen gezählt werden, als eigentliche anzusehen sein[74]). Der Begriff der Identität ist zu eng.

Wir können uns daher keiner von den beiden dargestellten Lehren anschließen. Beide enthalten etwas Richtiges. Wir müssen deshalb versuchen, eine vermittelnde Lösung zu finden. Betrachten wir die im 28. Abschnitt aufgeführten Delikte, so lassen sich in der Hauptsache vier Ausgestaltungsarten der Amtsverbrechenstatbestände gegenüber den gemeinen Delikten unterscheiden:

aa) Amtsverbrechenstatbestände, die auf keinem gemeinen Delikt als Grundtatbestand aufgebaut sind (z. B. § 331). In diesen Fällen liegt ein eigentliches Amtsdelikt vor. In der Regel besteht zwischen diesem und den etwaigen gemeinen Delikten Idealkonkurrenz[75]).

bb) Amtsverbrechenstatbestände, die mit denen der gemeinen Delikte identisch sind (z. B. § 340 mit 223). Diese Fälle enthalten uneigentliche Amtsdelikte. Im Verhältnis zu den entsprechenden gemeinen Delikten liegt Spezialität vor[76]).

cc) Amtsverbrechenstatbestände, die enger sind als die der zugrunde liegenden gemeinen Delikte (z. B. § 351 gegenüber § 246). Derartig ausgestaltete Fälle sind ebenfalls uneigentliche Amtsdelikte, da der Tatbestand des Amtsdelikts stets unter den des gemeinen Delikts fällt. Zwischen solchen Verbrechen ist ebenfalls Spezialität gegeben.

dd) Amtsverbrechenstatbestände, die weiter sind als die der entsprechenden gemeinen Delikte (z. B. § 339 gegenüber § 240). In diesen Fällen liegt im vollen Umfange ein eigentliches Amtsdelikt[77]) vor, auch wenn sich der Einzelfall unter beide Tatbestände subsumieren läßt. Der § 50 geht davon aus, daß das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen erhöht. Gesetz aber bedeutet hier soviel wie Tatbestand. Deshalb kann man nicht auf den Einzelfall, den Sachverhalt, abstellen. Auch wenn dieser gleichzeitig unter den Tatbestand eines

---

[74]) Vgl. z. B. § 341.
[75]) Vgl. Wachinger, VDB. IX S. 229.
[76]) Vgl. Wachinger, VDB. IX S. 229.
[77]) Vgl. jedoch die Ausnahmen im 6. Abschnitt unter Ziff. 18 b u. c.

Amtsverbrechens und den eines gemeinen Delikts fällt, liegt mit Rücksicht auf § 50 kein uneigentliches Amtsdelikt vor. Zwischen derartigen Bestimmungen ist in der Regel Idealkonkurrenz gegeben.

Das uneigentliche Amtsverbrechen ist durch die Amtsträgereigenschaft und das amtliche Verhältnis gegenüber dem gemeinen Tatbestand spezialisiert und weist deshalb eine starke Abhängigkeit von diesem auf, während das eigentliche Amtsdelikt einen selbständigen Tatbestand enthält. Wenn man dieses Verhältnis klar zum Ausdruck bringen will, so dürfte es sich empfehlen, nicht von eigentlichen (echten, reinen) und uneigentlichen (unechten, gemischten), sondern von selbständigen und unselbständigen Amtsdelikten zu sprechen.

Ob man dem unselbständigen Amtsdelikt den Charakter eines qualifizierten gemeinen Delikts oder eines delictum sui generis zuspricht, kann für die Einteilung der Amtsverbrechen dahingestellt bleiben, denn diese ist davon unabhängig. Das unselbständige Amtsdelikt weist gegenüber dem gemeinen Delikt keine besondere Bewertungsnorm auf, denn die betreffenden Handlungen sind auch dann rechtswidrig, wenn sie nicht in amtlicher Eigenschaft von einem Beamten vorgenommen werden. Hierin liegt ein normatives Minus gegegenüber den selbständigen Amtsdelikten. Die unselbständigen Amtsdelikte weisen aber auf der anderen Seite eine verstärkte Bestimmungsnorm auf. Zu der allgemeinen Gehorsamspflicht aller Rechtsgenossen tritt die mit der Amtsträgereigenschaft und dem amtlichen Verhältnis zusammenhängende besondere Rechtspflicht[78]). Diese Verstärkung der Bestimmungsnorm bedeutet ein normatives Plus gegenüber ihren gemeinen Grundtatbeständen, insbesondere im Vergleich zu den Bestimmungen, bei denen die Amtsträgereigenschaft allein den Strafschärfungsgrund bildet (§ 128 Abs. 2 und 129 Abs. 2). So zeigen die unselbständigen Amtsdelikte in ihrem normativen Aufbau eine relative Selbständigkeit gegenüber den entsprechenden gemeinen Delikten.

## 5. Abschnitt.

### Das Wesen der Amtsverbrechen.

Das Wesen der Amtsdelikte hängt von ihrem Rechtsschutzobjekt ab; denn das Strafrecht bezweckt den Schutz von Rechtsgütern, um derentwillen es die Tatbestände und die Strafdrohungen schafft. Wir müssen uns im Rahmen der vorliegenden Arbeit mit dem Rechts-

[78]) Vgl. Erik Wolf, Vom Wesen des Täters, S. 16.

schutzobjekt der Amtsverbrechen befassen, um die Strafschärfung bei den uneigentlichen Amtsdelikten erklären zu können. Außerdem ist die Frage nach dem Rechtsschutzobjekt noch bedeutungsvoll für die Abgrenzung des Disziplinarrechts vom Strafrecht.

I.

Die Partikulargesetzgebung und die Wissenschaft[79]) gingen von der Auffassung aus, daß die Amtsdelikte besonders ausgezeichnete Pflichtwidrigkeiten seien, zu deren Ahndung die höchste Disziplinarstrafe nicht ausreiche. Man empfand also keinen artmäßigen, sondern nur einen gradmäßigen Unterschied zwischen den Amtsdelikten und den Disziplinarvergehen. Diese Auffassung stimmte mit der damaligen Gesetzgebung überein. Durch die Disziplinargesetzgebung von 1849 wurde aber das Standesstrafrecht der Beamten besonders geregelt. Diese Regelung spricht dagegen, daß die Amtsverbrechen zur Erfüllung des durch das Beamtenverhältnis begründeten Pflichtenkreises durch Androhung von Kriminalstrafe dienen sollten. Die „Verbrechen und Vergehen im Amte" haben sich auch durch die Aufnahme einiger Tatbestände, die sich auf Nichtbeamte beziehen, von den Standesdelikten des Allgemeinen Landrechts entfernt. Hier her gehören vor allem die Bestimmungen, die sich gegen die Schöffen, Geschworenen und Schiedsrichter richten.

Die Amtsdelikte des Pr.StGB. stimmen nahezu vollkommen mit denen des RStGB. überein. Die einzigen Unterschiede sind nur erheblich mildere Strafen und veränderte Fassung des Beamtenbegriffs[80]). Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, daß das Schrifttum den schon für das preußische StGB. als Rechtsschutzobjekt nicht zutreffenden Begriff der Amtspflichtverletzung für das geltende Strafrecht verwendete[81]).

Gegen diese Auffassung sind folgende Bedenken geltend zu machen:

1. Die Amts- und Dienstpflicht ist ein viel zu unbestimmter Begriff und nicht geeignet, ein brauchbares Rechtsschutzobjekt abzugeben[82]).

2. Die Amtspflicht bezieht sich nicht auf das Verhältnis des Staates als Inhaber des Imperiums gegenüber seinen Untertanen,

---

[79]) Vgl. Berner, Lb. S. 603/4; Wachinger, VDB. IX S. 219.

[80]) Vgl. Motive zu dem Entw. eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin 1869, S. 181/182.

[81]) Vgl. Berner, Lb. S. 601; Meves, Ger.S. 39 S. 216 ff. und HH. III S. 940 ff.; Schütze, LB. S. 521.

[82]) So Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 17.

sondern auf das interne Rechtsverhältnis zwischen dem Staat als Dienstherrn und dem Beamten. Sie kann daher weder primär noch sekundär der unmittelbare Gegenstand des verbrecherischen Angriffs sein[83]).

3. Es gibt Verbrechenstatbestände, die überhaupt nicht auf einer Amtspflichtverletzung beruhen, weil die Täterschaft nichtbeamteten Amtsträgern möglich ist. Hierher gehören beispielsweise die §§ 334 Abs. 1 und 336, soweit sie sich auf Schöffen, Geschworene und Schiedsrichter beziehen. Der Schiedsrichter leitet seine Rechte aus dem Schiedsvertrag ab. Deshalb liegt nur ein Vertrauensverhältnis[84]) vor, auch wenn der Schiedsspruch gemäß § 1040 ZPO. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. Schöffen, Geschworene und Schiedsrichter sind überhaupt keiner Disziplinargewalt unterworfen. Deshalb trifft die Formel, daß Kriminalstrafe verhängt werde, weil Disziplinarstrafe nicht ausreiche, in diesen Fällen nicht zu.

4. Der Gesetzgeber hat auch keineswegs aus der Reihe der Disziplinarvergehen diejenigen herausgenommen, die den publizistischen Anspruch auf Pflichterfüllung am schwersten verletzen. Viele Disziplinarvergehen (z. B. Verletzung der Treupflicht, passive Resistenz usw.) enthalten schwerere Verletzungen der Amtspflicht als verschiedene Amtsdelikte (z. B. die §§ 342, 345 Abs. 2, 347). Hieraus geht hervor, daß nicht ein gradmäßiger Unterschied die kriminelle Strafbarkeit bedingt haben kann[85]).

Die Amtspflichtverletzung ist daher nicht geeignet, ein brauchbares Rechtsschutzobjekt für die Amtsverbrechen abzugeben. Die ganze Hilflosigkeit dieser Lehre zeigt sich aber, wenn sie die Straferhöhung bei den unselbständigen Amtsdelikten erklären soll. Die verschiedensten Gründe sollen den Gesetzgeber zu der Auswahl veranlaßt haben. Man geht davon aus, daß die gesetzlichen Bestimmungen nur dort eingreifen, wo der Gesetzgeber den Richter habe zwingen wollen, die Beamteneigenschaft zu berücksichtigen, oder wo er erheblich schwerere Strafen, insbesondere Amtsunfähigkeit und Amtsverlust, bezwecke[86]). Meves[87]) führt einen anderen Grund an. Der Gesetzgeber wolle eine bestimmte Grenze für das Strafmaß setzen, teils weil er die Täterschaft eines Beamten für strafwürdiger halte, teils weil diese Delikte in den Kreisen der Amtsträger häufiger aufzutreten pflegten. Er gibt aber selbst zu, daß ein bestimmter

[83]) So Nagler, Teilnahme, S. 22/23.
[84]) Vgl. Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 207; Binding, LB II (2) S. 564/65; Stock S. 246 Anm. 11.
[85]) Vgl. Stock S. 246.
[86]) Vgl. hierzu Karstedt S. 73.
[87]) HH. III S. 949.

Grundsatz, der bei der Auswahl dieser Verbrechen maßgebend gewesen ist, sich nicht feststellen lasse. Diese Gründe sind kriminalpolitischer Natur, begrifflich nützen sie nichts. Man könnte weiter davon ausgehen, daß bei der Rechtsgüterverletzung durch das besondere Mittel der Amtspflichtverletzung eine schwerere Beeinträchtigung des betreffenden Rechtsgutes eintrete. Allein es ist nicht einzusehen, weshalb eine Körperverletzung, die durch Mißbrauch der Amtspflicht begangen wird, tiefergreifend sein soll als eine gewöhnliche Körperverletzung. Bei den §§ 223 a und 224 bildet die quantitative Verschiedenheit des Rechtsgüterangriffs die Grundlage der Straferhöhung gegenüber § 223, nicht aber im Falle des § 340[88]).

## II.

Andere Schriftsteller behaupten, daß „den Verbrechen und Vergehen im Amte" überhaupt kein gemeinsames Rechtsgut zu Grunde liege. Hierher gehören Oppenheim[89]) und Nagler[90]). Nach Oppenheim besteht das Wesen der Amtsverbrechen in der Verletzung oder Gefährdung verschiedener Rechtsgüter, die nur durch den Inhaber eines Amtes bewirkt werden könne, weil nur diesem vermöge seines Amtes eine Einwirkung auf sie möglich sei. Diese Lehre ist bedeutsam für das Wesen einzelner Amtsverbrechen, nicht aber für die ganze Gruppe, da sie ihre Berechtigung leugnet.

Auch diese Schriftsteller vermögen die Straferhöhung bei den unselbständigen Amtsdelikten nicht befriedigend zu erklären. Sie wollen den Grund für die Straferhöhung aus der subjektiven Auflehnung gegen die aus der Amtsträgereigenschaft fließende Sonderpflicht herleiten[91]). Die persönliche Eigenschaft, daß der Täter ein Beamter sei, lasse die Verschuldung als eine intensivere erscheinen[92]). Daß eine Schuldsteigerung gegenüber den gemeinen Delikten vorliegt, läßt sich nicht bestreiten. Läge der Qualifikationsgrund nur in der Verpflichtung, die allgemein geschützten Rechtsgüter besonders zu beachten, so würde die Strafschärfung an die persönliche Amtsträgereigenschaft des Handelnden anknüpfen. Es läßt sich dann aber kein Grund dafür finden, weshalb die erhöhte Strafe bei den Delikten des 28. Abschnitts nur dann verhängt werden kann, wenn die strafbare Handlung mit dem Amte des Täters in Verbindung steht.

---

[88]) Vgl. Munzinger S. 11.
[89]) Vgl. Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 5, 14 ff.
[90]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 22 ff.
[91]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 23 Anm. 2.
[92]) Vgl. Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 20.

## III.

Eine dritte Gruppe von Schriftstellern geht bei der Bestimmung des Wesens der Amtsverbrechen von einer zusammengesetzten Rechtsgutsauffassung aus. Allfeld[93]) und Liszt-Schmidt[94]) sehen als einheitliches Rechtsgut aller Amtsverbrechen die Unbrauchbarmachung der Staatsverwaltung an, Richard Schmidt[95]) und Bohne[96]) die Störung derjenigen Einrichtungen, die der Staat zur Befriedigung der gemeinnützigen Bedürfnisse durch Verwaltung und Rechtspflege und zur Erfüllung seiner Funktionen schafft und unterhält. Bei den unselbständigen Amtsdelikten trete zu dem in erster Linie geschützten gemeinen Rechtsgut noch das der Unbrauchbarmachung oder Störung des Verwaltungsapparates, während bei den selbständigen Amtsverbrechen das gemeinsame Rechtsgut der Störung des Behördenorganismus an erster Stelle stehe, und die Schädigung einzelner nur von untergeordneter Bedeutung sei.

Diese Lehre behält die selbständigen und unselbständigen Amtsdelikte als einheitliche Gruppe bei; sie kann auch die Straferhöhung bei den unselbständigen Amtsdelikten befriedigend erklären. Sie sieht den Grund dafür in der Verletzung des zusätzlichen Rechtsgutes der Störung des Behördenapparates.

Dieser Lehre ist beizutreten. Ohne Zweifel bedeuten die Amtsdelikte eine Störung des Behördenorganismus oder der von den Amtsträgern wahrzunehmenden Geschäfte. Ohne ordnungsmäßiges Arbeiten der Behörden wird die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben gefährdet, und durch das Begehen von Amtsdelikten das Vertrauen des Volkes zu ihrer Tätigkeit gemindert. Dieses Rechtsgut ist allen Amtsdelikten eigen. Sie erschöpfen sich jedoch nicht nur in der Schädigung der öffentlichen Verwaltung und der damit verbundenen Herabsetzung des Vertrauens des Volkes zu der Tätigkeit der Behörden, sondern richten sich auch gegen die einzelnen Rechtsuntertanen, z. B. gegen ihre körperliche Unversehrtheit, gegen die Freiheit ihrer Willensbetätigung usw. Diese Richtung der Amtsdelikte tritt auch bei den selbständigen hervor, z. B. bei der Rechtsbeugung in der Benachteiligung der anderen Partei oder bei der Bestechung in der Beschädigung dessen, von dem Geschenke oder Vorteile gefordert werden. Hieraus ergibt sich, daß durch die Amtsdelikte unmittelbar der einzelne an seinen Rechtsgütern und zugleich mittelbar die Volksgemeinschaft geschützt werden soll[97]). Diese doppelte Rechts-

[93]) Lb. S. 569/70.
[94]) Lb. 25. Aufl. S. 814 ff.
[95]) Grundriß S. 313 ff.
[96]) HdR. S. 126 ff.
[97]) Vgl. Stock S. 251/252.

güterverletzung, die beim Begehen eines Amtsdelikts stattfindet, ist die Ursache für die Straferhöhung bei den unselbständigen Amtsverbrechen gegenüber den entsprechenden gemeinen Tatbeständen.

Auf Grund der angeführten Rechtsgutsauffassung können wir eine scharfe Trennung des Beamten-Strafrechts vom Disziplinarrecht durchführen. Die Amtsdelikte greifen über das Verhältnis zwischen Staat und Beamten hinaus in die Rechtsphäre Dritter ein. Das Disziplinarrecht dagegen bezieht sich nur auf das Verhältnis zwischen dem Staat als Dienstherrn und dem Beamten. Es ahndet nur die Standespflichtverletzungen. Die Verletzung des aus dem Beamtenverhältnis entstandenen subjektiven Anspruchs des Dienstherrn auf Pflichterfüllung durch den Beamten ist kennzeichnend für das Dienstvergehen, für das Amtsdelikt ist sie kein notwendiges Erfordernis[98]). Der Täter eines Amtsdelikts braucht nicht immer ein Beamter zu sein. Auch Nichtbeamte können ein Amtsdelikt begehen, weil der Beamtenbegriff keine dominierende Rolle spielt[99]). Außerdem ist er weiter als der staatsrechtliche.

## 6. Abschnitt.

### Die Einteilung der Amtsdelikte in selbständige und unselbständige.

Nachdem der Begriff des selbständigen und unselbständigen Amtsverbrechens bestimmt worden ist (4. Abschnitt), soll auf Grund des gefundenen Ergebnisses die Einteilung der Amtsdelikte in die beiden Gruppen durchgeführt werden.

1. Der sogenannten passiven Bestechung (§ 331 u. § 332) liegt kein gemeiner Tatbestand zu Grunde, so daß das amtliche Verhältnis hier strafbegründend wirkt. Daher enthalten die §§ 331 und 332 selbständige Amtsdelikte[100]).

2. Die sog. einfache aktive Bestechung (§ 333) stellt überhaupt kein Amtsdelikt dar[101]), sondern ist ein gemeines Verbrechen, weil jede Privatperson Täter sein kann. Diese Bestimmung ist nur deshalb in den 28. Abschnitt aufgenommen worden, weil sie mit der aktiven Bestechung in engem Zusammenhang steht.

---

[98]) Vgl. Stock S. 252/253.

[99]) Vgl. hierzu die Zusammenstellung bei Stock S. 261.

[100]) So auch die herrschende Meinung; vgl. Olshausen zu § 331 Ziff. 2 u. S. 1829; Leipz. Komm. S. 1072; a. M. Binding, Lb. II (2) S. 410.

[101]) Vgl. Olshausen zu § 333 Ziff. 1.

3. Die sog. Richterbestechung (§ 334) stellt sich als besonderer Fall des § 332 dar und enthält ebenfalls ein selbständiges Amtsverbrechen, da ein entsprechender gemeiner Grundtatbestand nicht vorhanden ist[102]). Soweit der Schiedsrichter in Frage steht, bestreitet Olshausen[103]) das Vorliegen eines Amtsdelikts, da der Schiedsrichter kein Amtsträger sei. Dieser Ansicht ist beizutreten. Der Schiedsspruch hat zwar nach § 1040 ZPO. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils; hieraus kann aber nicht hergeleitet werden, daß der Schiedsrichter ein Amtsträger ist[104]). Er leitet seine Rechte nur aus dem Schiedsvertrage ab. Wenn er Geschenke fordert, so verstößt er gegen seine übernommene Vertragspflicht. Rechtsschutzobjekt ist also die Vertragstreue[105]). Der Schiedsrichter ist nur wegen der Ähnlichkeit der Funktionen mit denen eines Richters in § 334 aufgeführt. Insoweit enthält § 334 also nur ein selbständiges Sonderdelikt.

4. Die aktive Richterbestechung (§ 334 Abs. 2) ist ein besonderer Fall des § 333 und enthält wie dieser ein gemeines Verbrechen.

5. Die Rechtsbeugung (§ 336) wird allgemein zu den selbständigen Amtsdelikten gerechnet. Dieser Auffassung ist beizutreten, da das amtliche Verhältnis strafbegründend wirkt, und insbesondere Spezialität gegenüber § 266 nicht in Betracht kommt.

Beide Bestimmungen weisen allerdings eine gewisse Ähnlichkeit insoweit auf, als durch die Rechtsbeugung auch ein Vermögensnachteil veranlaßt werden kann. Während aber § 266 ausschließlich auf den Vermögensnachteil abstellt, können durch Begehung des § 336 auch andere Nachteile zugefügt werden, z. B. Freisprechung eines Angeklagten von einer Ehrverletzung. Daher ist der § 336 weiter als der § 266; denn § 266 schützt nur das Vermögen gegen Benachteiligung, während § 336 eine unparteiische Rechtsprechung gewährleisten soll. Die Rechtsbeugung braucht also keinen Vermögensnachteil herbeizuführen. Soweit der Schiedsrichter in Frage steht, liegt wie bei § 334 nur ein selbständiges Sonderdelikt vor[106]).

6. Die Mitwirkung zur Eingehung einer Doppelehe (§ 338) wird allgemein zu den selbständigen Amtsdelikten gerechnet. Ohne die in § 338 getroffene Regelung würde die Handlung regelmäßig als

---

[102]) Ebenso die herrschende Lehre; vgl. Olshausen S. 1829; Leipz. Komm. S. 1072; a. M. Binding, Lb. II (2) S. 410.

[103]) Vgl. Olshausen zu § 334 Ziff. 6.

[104]) A. M. Munzinger S. 105.

[105]) Vgl. Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 207; Binding, Lb. II (2) S. 564/565; Stock S. 246 Anm. 11.

[106]) Vgl. Olshausen § 336 Ziff. 1 a.

Beihilfe zu § 171 anzusehen sein. Ausgenommen wären die Fälle, in denen der Personenstandsbeamte oder der Geistliche, aber nicht der Bigamus von der Fortdauer der Ehe Kenntnis hat[107]), da wegen Fehlens des Vorsatzes eine strafbare Haupttat nicht vorliegt. Eine Bestrafung dieser Fälle als mittelbare Täterschaft ist ausgeschlossen, da § 171 ein eigenhändiges Delikt enthält und deshalb nur von den im Tatbestand genannten Personen s e l b s t begangen werden kann[108]). § 338 bringt also gegenüber § 171/49, abgesehen von der verschärften Strafdrohung, insoweit eine Abweichung, als die Bestrafung der Beihilfe zu § 171 nicht von dem Vorliegen einer Haupttat abhängig ist. Außerdem umfaßt er auch die Fälle, die wegen Vorsatzmangels nicht nach § 171/49 und auch nicht mit Hilfe der mittelbaren Täterschaft geahndet werden können. Der Tatbestand des § 338 ist weiter als der des § 171/49 und enthält deshalb ein selbständiges Amtsdelikt.

7. Ob die Nötigung im Amte (§ 339) ein selbständiges oder unselbständiges Amtsdelikt darstellt, ist außerordentlich streitig.

Manche Schriftsteller nehmen ein selbständiges Amtsdelikt an. Sie stützen ihre Ansicht auf die Erweiterung des § 339 gegenüber § 240 durch die Einfügung von Ausführungsmitteln, die nur ein Beamter anwenden kann[109]). Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten insbesondere Kohlrausch, Bohne und Gerland[110]). Schütze[111]) nimmt an, die Beamteneigenschaft gebe nur einen strafschärfenden Grund ab. Oppenheim[112]) zählt den § 339 auf Grund der Entstehungsgeschichte zu den unselbständigen Amtsverbrechen. Frank[113]) verweist auf die concussio publica und nimmt ebenfalls ein unselbständiges Amtsdelikt an.

a) Unseres Erachtens muß zwischen § 339 Abs. 1 und Absatz 3 geschieden werden. Wir haben festgestellt, daß ein unselbständiges Amtsdelikt dann vorliegt, wenn nach Streichung der das amtliche Verhältnis und die Amtsträgereigenschaft andeutenden Ausdrücke

---

[107]) Vgl. Frank, Komm. § 338.

[108]) Vgl. Leipz. Komm. S. 74 Ziff. 3 u. die dort Zitierten; a. M. Mezger, Lb. S. 419, der auf den Erfolg und nicht auf den Tatbestand abstellt.

[109]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 381. Ebenso rechnen den Absatz 1 und Absatz 3 zu den selbständigen Amtsdelikten: Meves in HH. III S. 947; Birkmeyer, Encykl. S. 1201; Wachinger, VDB. IX S. 227; Köhler, Deutsch. Strafrecht, S. 494; v. Hippel, Lb. S. 312 Anm. 3 und S. 322; Wachenfeld. Lb. S. 593; Olshausen § 339 Anm. 1; Schwartz § 339 Anm. 1. Der Leipz. Komm. § 339 Anm. 8 rechnet § 339 teils zu den selbständigen, teils zu den unselbständigen Amtsverbrechen.

[110]) Vgl. Kohlrausch, Komm. S. 460; Bohne S. 129; Gerland S. 361.

[111]) Vgl. Schütze, Lb. S. 533.

[112]) Vgl. Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 27.

[113]) Vgl. Frank, Komm. § 339 Anm. I.

der übrige Tatbestand mit dem des betreffenden gemeinen Delikts entweder übereinstimmt oder enger ist (vgl. 4. Abschnitt unter III 2 bb und cc). § 339 Absatz 1 und § 240 unterscheiden sich nur durch die Begehungsmittel. § 240 fordert Nötigung durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen, § 339 Absatz 1 dagegen Nötigung durch Mißbrauch der Amtsgewalt oder Androhung eines Mißbrauchs derselben. Würde man an Stelle des auf das amtliche Verhältnis hindeutenden Ausdrucks „Amtsgewalt" nur „Gewalt" setzen, so würden die Begehungsmittel des § 339 Absatz 1 ihren Sinn verlieren. Im übrigen weicht auch der Aufbau des § 339 Absatz 1 durch die Aufnahme dieser besonderen Begehungsmittel in den Tatbestand von der üblichen Konstruktion der unselbständigen Amtsdelikte ab, da bei diesen die Begehungsmittel mit denen des gemeinen Tatbestandes übereinstimmen (vgl. z. B. die §§ 340, 342). Schon diese äußere Abweichung weist darauf hin, daß § 339 Absatz 1 ein selbständiges Amtsdelikt enthält. Außerdem ist aber der Begriff der Nötigung durch Mißbrauch der Amtsgewalt weiter als der der Nötigung durch Gewalt. In den meisten Fällen werden sich beide Begriffe zwar decken, notwendig ist dies aber nicht. Gehen wir von einem Beispiel aus. Ein Richter verschleppt ein gerichtliches Verfahren, das zur Entscheidung reif ist, um die Parteien zum Abschluß eines Vergleiches zu zwingen. Hier liegt zweifellos ein Mißbrauch der Amtsgewalt[114]) vor, da der Richter die Vornahme einer amtlichen Handlung in gesetzwidriger Weise unterlassen hat. Er darf Prozesse nicht verschleppen, sondern muß ein Urteil fällen, sobald die Sache zur Entscheidung reif ist. In diesem Falle liegt weder vis absoluta noch vis compulsiva vor, ganz abgesehen von der Streitfrage, ob vis compulsiva zur Erfüllung des § 240 genügt.

b) Das zweite Begehungsmittel des § 339 Absatz 1, nämlich die Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt, ist ebenfalls mit der Bedrohung des § 240 nicht identisch. Nötigt beispielsweise ein Polizeibeamter, dem die Verkehrsregelung an einer Straßenkreuzung obliegt, einen ständig diese passierenden Autofahrer, eine andere Straße zu benutzen, indem er ihm androht, er werde ihn zukünftig am Vorbeifahren hindern, so liegt zweifellos die Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt vor. In diesem Falle droht der Beamte aber nur mit einer Übertretung nach § 366 Ziff. 3. Mit einer Freiheitsberaubung wird der Autofahrer nicht bedroht, weil die Verhinderung, sich in einer bestimmten Richtung zu bewe-

---

[114]) Über den Begriff der Amtsgewalt vgl. Leipz. Komm. § 339 Anm. 4 und die dort Zitierten.

gen, nicht unter § 240 fällt[115]). Die Drohung des Polizeibeamten enthält auch keine Gewalt. Vis compulsiva liegt nicht vor, da nur ein Übel in Aussicht gestellt wird[116]). Dieser Fall läßt sich also nach § 240 nicht bestrafen und zeigt, daß der Tatbestand des § 339 insoweit ebenfalls weiter ist als der des § 240.

Da der Tatbestand des § 339 weiter ist als der des § 240, enthält er in vollem Umfange ein selbständiges Amtsdelikt (vgl. hierzu die Ausführungen im 4. Abschnitt unter III 2 dd).

Munzinger[117]) zählt den § 339 dann zu den unselbständigen Amtsdelikten, wenn sich im Einzelfall der Mißbrauch der Amtsgewalt und die Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben mit den Begehungsmitteln des § 240 decken. Dies ist zweifellos unrichtig, da § 50 auf das Gesetz, also auf den Tatbestand, und nicht auf den Einzelfall, den Sachverhalt, abstellt.

c) In noch größere Schwierigkeiten gerät man bei § 339 Absatz 3. Enthält dieser selbständige oder unselbständige Amtsdelikte? Zunächst muß klargestellt werden, ob durch die Aufführung der §§ 106, 107, 167 und 253 deren Tatbestände in vollem Umfange oder nur teilweise übernommen werden sollen. Da in § 339 Absatz 3 nur von der Handlung die Rede ist, muß man sich dahin entscheiden, daß nur diese und nicht auch die einzelnen Begehungsmittel einzufügen sind[118]). Es ist also beispielsweise nur „das Verhindern eines Mitgliedes der in § 105 bezeichneten Versammlungen, sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen," bei § 339 Absatz 3 zu ergänzen. Nicht einzufügen sind dagegen die einzelnen Begehungsmittel. Nach § 339 Absatz 3 kann ein Beamter die in den §§ 106, 107, 167 und 253 bezeichneten Handlungen nur durch Mißbrauch der Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs begehen. Durch diese Begehungsmittel wird die Beziehung zum Amt hergestellt, und der § 339 Abs. 3 in die Gruppe der Amtsdelikte eingereiht. Wir haben oben schon dargetan, daß der Mißbrauch der Amtsgewalt weiter ist als der der Gewalt oder Tätlichkeit, der für die eben genannten Paragraphen maßgebend ist. Der Tatbestand des § 339 Abs. 3 ist also weiter als der der §§ 106, 107, 167 und 253. Mithin enthält § 339 Absatz 3, soweit der Mißbrauch der Amtsgewalt in Frage steht, ein selbständiges Amtsdelikt.

---

115) Vgl. Olshausen § 239 Anm. 3 a. E.
116) Vgl. Mezger, Lb. S. 365.
117) S. 107 ff.
118) A. M. Munzinger S. 108 Anm. 24 und wohl auch Leipz. Komm. § 339 Anm. 3 i. V. m. Anm. 1 b.

d) Der Fall der Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt ist nur eine Unterart der Nötigung durch Drohung[119]). § 106 und 107 verlangen als Begehungsmittel Bedrohung mit einer strafbaren Handlung. Insoweit ist das Begehungsmittel des § 339 Absatz 3 weiter, da die Androhung eines bestimmten Mißbrauchs keine strafbare Handlung zu enthalten braucht. Das amtliche Verhältnis wirkt daher in vollem Umfange strafbegründend, so daß § 339 Absatz 3 gegenüber den §§ 106 u. 107 selbständige Amtsdelikte enthält.

e) Bei den §§ 167 und 253 genügt zur Erfüllung des Tatbestandes jede Drohung. Jede Androhung eines bestimmten Mißbrauchs der Amtsgewalt enthält zugleich eine Drohung im Sinne der genannten Bestimmungen. § 339 Absatz III ist daher insoweit enger. Das amtliche Verhältnis wirkt deshalb hier nur straferhöhend. Die Straferhöhung ist darin zu erblicken, daß nach § 358 bei § 339 neben jeder Gefängnisstrafe noch auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter erkannt werden kann, während dies bei den §§ 167 und 253 in Verbindung mit den §§ 32 und 35 nur bei Gefängnisstrafen von 3 Monaten ab möglich ist. Der § 339 Abs. III enthält daher gegenüber diesen Bestimmungen nur unselbständige Amtsdelikte.

8. Die einfache und die schwere Körperverletzung im Amte (§ 340 Abs. 1 u. 2) stellen sich als unselbständige Amtsdelikte gegenüber den allgemeinen Bestimmungen der §§ 223 Abs. 1 und 224 dar. Der § 340 nimmt auf die Körperverletzung Bezug. Die Begriffsbestimmung der Körperverletzung enthält § 223 Absatz 1. Deshalb ist dessen Tatbestand bei § 340 insoweit zu ergänzen. Dagegen erwähnt § 340 nicht das persönliche Verhältnis des § 223 Absatz 2 und die Modalitäten der §§ 223 a, 223 b und 226. Diese dürfen daher bei § 340 nicht eingefügt werden. Gegenüber den zuletzt genannten Bestimmungen enthält die Körperverletzung im Amte ein selbständiges Amtsdelikt. Es ist daher zwischen ihnen und dem § 340 Idealkonkurrenz anzunehmen.

Die Handlung besteht bei § 223 u. § 224 nur im Begehen, bei § 340 außerdem noch im Begehenlassen einer Körperverletzung. Soweit das Begehen einer Körperverletzung in Betracht kommt, decken sich die Tatbestände. Zweifelhaft erscheint es dagegen, ob § 340 auch hinsichtlich des Begehenlassens ein unselbständiges Amtsdelikt gegenüber den §§ 223 Absatz 1 und 224 darstellt. Durch die Gleichstellung des Begehenlassens mit dem Begehen macht das Gesetz solche Beteiligungsarten, die sonst Anstiftung und

[119]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 383.

Beihilfe wären, zur Täterschaft[120]). Würde man das Begehenlassen in § 340 streichen, so wäre ein Beamter in diesen Fällen wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Begehen einer Körperverletzung im Amte zu bestrafen. Wir sehen also, daß sich auch hinsichtlich des Begehenlassens der Tatbestand des § 340 mit dem der entsprechenden gemeinen Delikte in Verbindung mit den Teilnahmebestimmungen deckt. Ein Unterschied besteht nur insoweit, als nach § 340 der Anstifter und Gehilfe als Täter des Begehenlassens zu behandeln sind. Deswegen kann aber dem amtlichen Verhältnis kein strafbegründender Charakter zugesprochen werden, da die gleiche Handlung schon nach den allgemeinen Bestimmungen mit Strafe belegt ist. Außerdem macht es keinen Unterschied, ob man den Beamten als Täter des Begehenlassens oder als Anstifter zum Begehen ansieht, da das Gesetz für beide die gleiche Strafe vorsieht. Nur bei der Beihilfe ergibt sich in dieser Beziehung eine Abweichung, weil der Gehilfe milder zu bestrafen ist als der Täter. Dies ändert jedoch nichts daran, daß auch hier das amtliche Verhältnis nur straferhöhend wirkt, da keine neue Strafbarkeit, sondern nur eine neue Begehungsform geschaffen wird.

Die strafbaren Handlungen des Außenstehenden, der einen Beamten zum Begehenlassen anstiftet oder ihm Hilfe leistet, stellen sich unter Berücksichtigung des Umstandes, daß das Begehenlassen für den Nichtbeamten nach § 223, 224 in Verbindung mit den §§ 48/49 strafbar ist, folgendermaßen dar:

1. Beihilfe zur Beihilfe zu § 223 oder 224,
2. Anstiftung zur Beihilfe zu § 223 oder 224,
3. Beihilfe zur Anstiftung zu § 223 oder 224,
4. Anstiftung zur Anstiftung zu § 223 oder 224.

Bestritten ist, ob in solchen Fällen Teilnahme an der Teilnahme[121]) oder mittelbare Teilnahme anzunehmen ist[122]). Diese Streitfrage ist in den Fällen 2 und 4 ohne praktische Bedeutung. Beide Lehrmeinungen bestrafen wegen Beihilfe (Fall 2) oder Anstiftung zur Haupttat (Fall 4), obgleich man im Fall 2 bei Annahme mittelbarer Teilnahme zur Bestrafung wegen Anstiftung kommen müßte. Das RG. begründet diese Inkonsequenz damit, daß der Anstifter des Gehilfen regelmäßig Beihilfe zur Tat leiste[123]). Auch im dritten Fall kommen beide Lehren zu dem gleichen Ergebnis und bestrafen wegen

---

[120]) Vgl. Leipz. Komm. 340 Anm. 3; Frank § 340 Anm. III; Kohlrausch § 340 Anm. 2; RGSt. 59, 86.

[121]) Vgl. Frank, Komm. § 48 Anm. II, 2; § 49 Anm. III, 2.

[122]) Vgl. Eb. Schmidt, Lb. 26. Aufl. S. 344; Meyer-Allfeld S. 211; RGSt. 23, 306.

[123]) Vgl. RGSt. 59, 396.

Beihilfe zur Haupttat[124]). Nur im ersten Fall strafen beide Auffassungen verschieden. Nimmt man Beihilfe an der Beihilfe an, so ist man genötigt, eine doppelte Strafermäßigung eintreten zu lassen[125]). Diese Herabsetzung dürfte aber kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, da praktisch eine Förderung der Haupttat vorliegt[126]). Es ist daher Beihilfe zur Haupttat anzunehmen.

Für die Fälle der mittelbaren Täterschaft ist die Erwähnung des Begehenlassens in § 340 überhaupt bedeutungslos, da diese schon durch das Begehen einer Körperverletzung erfaßt werden.

Der Tatbestand des § 340 deckt sich also in vollem Umfange mit dem der §§ 223 Absatz 1 und 224. Infolgedessen enthält die Körperverletzung im Amte insoweit ein unselbständiges Amtsdelikt[127]).

9. Die Freiheitsberaubung im Amte (§ 341) stellt sich als unselbständiges Amtsdelikt gegenüber § 239 Abs 1 dar, weil ihr Tatbestand enger ist als der der gemeinen Freiheitsberaubung. § 341 stellt nur eine Spezialisierung hinsichtlich der Art, in der die Freiheitsberaubung begangen sein muß, dar. Die meisten von einem Beamten in amtlicher Eigenschaft begehbaren Formen der Freiheitsberaubung sind damit getroffen, jedoch nicht die einfache widerrechtliche Einschließung, z. B. durch den Lehrer in der Schule[128]). Diese kann nur nach § 239 bestraft werden. Bedenken können nur auftreten, soweit der § 341 die Verlängerung der Dauer einer Freiheitsentziehung als Handlung aufführt. Diese sind jedoch unbegründet. Verlängert ein Beamter die Dauer einer Freiheitsberaubung ohne Rechtsgrund, so begeht er, wenn man den § 341 unberücksichtigt läßt, eine Freiheitsberaubung durch Unterlassung nach § 239, da er den Betreffenden am Gebrauch der persönlichen Freiheit hindert, wozu er nicht berechtigt ist. Es besteht für ihn vielmehr auf Grund seiner übernommenen Amtsstellung die Rechtspflicht, diesen Erfolg zu verhindern[129]).

Für das Vornehmenlassen gilt das gleiche wie für das Begehenlassen in § 340. Daß der Beamte durch einen Dritten die Handlung als mittelbarer Täter begehen kann, wird durch jene hinzugefügte Worte nicht erst festgestellt[130]).

---

[124]) So Meyer-Allfeld S. 211; RGSt. 59, 397; a. A. Eb. Schmidt, Lb. 26. Aufl. S. 344, der wegen Anstiftung bestraft.

[125]) Vgl. Frank § 49 Anm. III, 2.

[126]) Vgl. RGSt. 23, 306; ebenso Eb. Schmidt, 26. Aufl. S. 344.

[127]) So die herrschende Meinung; vgl. Leipz. Komm. 340 Anm. 1; Olshausen § 340 Anm. 1; a. A. Gaber S. 59/60.

[128]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 402.

[129]) Vgl. Mezger, Lb. S. 143/4.

[130]) Vgl. Leipz. Komm. § 341 Anm. 4; Köhler, VDB. IX S. 403; RGSt. 5, 333.

10. Der Hausfriedensbruch im Amte (§ 342) ist ein unselbständiges Amtsdelikt gegenüber § 123 Abs. 1[131]). Die erstere Bestimmung nimmt auf die letztere Bezug. Deshalb ist der Tatbestand des § 123 Abs. 1 bei § 342 zu ergänzen. Läßt man die Ausdrücke, die auf das amtliche Verhältnis und die Amtsträgereigenschaft hinweisen, weg, so decken sich beide Tatbestände.

Der Tatbestand des § 123 Abs. 2 ist in den Tatbestand des § 342 nicht zu übernehmen[132]). Deshalb hält die herrschende Lehre auch Idealkonkurrenz zwischen beiden Bestimmungen für möglich[133]). Dieser Auffassung ist beizutreten. § 342 enthält gegenüber § 123 Abs. 2 weder ein unselbständiges noch ein selbständiges Amtsdelikt, weil das amtliche Verhältnis weder straferhöhend noch strafbegründend wirkt. § 123 Abs. 2 droht die gleiche Strafe wie § 342 an und schafft auch keine neue Strafbarkeit, weil er wegen der allgemeinen Fassung alle Fälle des § 123 Abs. 2 umfaßt.

Der einzige Unterschied des § 342 gegenüber § 123 besteht darin, daß er im Gegensatz zu dieser Bestimmung kein Antragsdelikt ist. Die Ausgestaltung des § 123 als Antragsdelikt ist der einzige Grund für die Schaffung des § 342 gewesen[134]). Wird ein Antrag nicht gestellt, so ist der Beamte als Täter oder Teilnehmer nach § 342 zu beurteilen. Wird ein Antrag gestellt, so ist mit Olshausen[135]) dahin zu entscheiden, daß die Strafe für den Beamten aus § 123 Abs. 2 in Verbindung mit § 73 zu entnehmen ist. Für die Bestrafung eines außenstehenden Teilnehmers ergeben sich keine Schwierigkeiten, da der Strafrahmen des § 123 Abs. 2 stets maßgebend ist.

11. Die Aussageerpressung (§ 343) ist ein selbständiges Amtsdelikt. Das Erpressen eines Geständnisses kann zwar unter § 240 fallen; § 343 erhält aber seine besondere Kennzeichnung dadurch, daß die Aussageerpressung „in einer Untersuchung" geschehen muß. Er bezweckt nicht den Schutz der Freiheit der Willensbetätigung, sondern den Schutz der Rechtspflege. Daher kommt § 240 als Grunddelikt für § 343 nicht in Betracht. Das amtliche Verhältnis wirkt daher strafbegründend[136]).

12. Die Verfolgung Unschuldiger (§ 344) enthält ebenfalls ein selbständiges Amtsdelikt, da sie auf keinem gemeinen Delikt als

---

[131]) So die herrschende Meinung; vgl. Leipz. Komm. § 342 Anm. 1; Olshausen § 342 Anm. 1.

[132]) Vgl. RGSt. 32, 402.

[133]) Vgl. Olshausen § 342 Anm. 4; Kohlrausch § 342 Anm. 2; Leipz. Komm. § 123 Anm. 8.

[134]) Vgl. v. Schwarze, Komm. zu § 342.

[135]) Vgl. § 342 Anm. 4.

[136]) Ebenso Olshausen § 343 Anm. 1; Leipz. Komm. § 343 Anm. 1.

Grundtatbestand aufgebaut ist[137]). Systematisch stellt sich der § 344 als Rechtsbeugung im weiteren Sinne dar[138]).

13. Die unzulässige Strafvollstreckung (§ 345) enthält ein selbständiges Amtsdelikt[139]). Dem steht nicht entgegen, daß ein dem Tatbestand des § 345 entsprechendes Verhalten eines Nichtbeamten regelmäßig nach § 239 strafbar ist, da es nur darauf ankommt, ob der Tatbestand als Einheit betrachtet, sich mit dem Tatbestand eines gemeinen Delikts deckt. Dies ist aber bei § 345 nicht der Fall, da er auf keinem gemeinen Delikt aufgebaut ist[140]).

14. Bestritten ist, ob die Begünstigung im Amte (§ 346) ein selbständiges oder ein unselbständiges Amtsdelikt darstellt. Frank hält diese Bestimmung für einen Spezialfall der gemeinen Begünstigung[141]). Nach dieser Auffassung stellt § 346 ein unselbständiges Amtsdelikt dar. Dagegen spricht sich Olshausen[142]) für das Vorliegen eines selbständigen Amtsdelikts aus, obgleich er Idealkonkurrenz mit der persönlichen Begünstigung für ausgeschlossen hält[143]). Köhler[144]) zählt § 346 deshalb zu den selbständigen Amtsdelikten, weil sein Tatbestand nur teilweise von Nichtbeamten erfüllt werden könne.

Der § 346 enthält 4 verschiedene Begünstigungshandlungen, die unter dem Gesichtspunkt des amtlichen Verhältnisses spezialisierte Fälle des Beistandleistens nach § 257 enthalten. Ein sachlicher Unterschied kann in den verschiedenen Ausdrucksweisen nicht gefunden werden[145]). Zweifel können nur insoweit auftreten, als § 346 Handlungen, welche geeignet sind, eine Freisprechung oder eine dem Gesetz nicht entsprechende Strafe zu bewirken, aufführt. Diese stellen sich als Versuch des Beistandleistens dar. Da der Versuch bei § 257 straflos ist, müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß der Tatbestand des § 346 weiter als der des § 257 ist. Diese Schlußfolgerung ist jedoch unrichtig. Die herrschende Lehre bestimmt den Begriff des Beistandleistens dahin, daß Handlungen erforderlich und genügend sind, welche geeignet sind, Strafvereitelung oder sachliche Sicherung

---

[137]) Ebenso Olshausen § 344 Anm. 1; Leipz. Komm. § 344 Anm. 1.
[138]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 429.
[139]) Vgl. Köhler, VDB. IX S. 439.
[140]) Ebenso Olshausen § 345 Anm. 1; Leipz. Komm. S. 1072.
[141]) Vgl. Frank § 346 Anm. I; ebenso Gerland S. 365; v. Hippel, Lb. S. 312 Anm. 3.
[142]) Vgl. Olshausen § 346 Anm. 1; ebenso Meves in HH. III S. 948; Birkmeyer, Encykl. S. 1202; Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 21; Wachinger, VDB. IX, 227.
[143]) Vgl. Olshausen § 346 Anm. 5; ebenso Beling, DVB. VII S. 57.
[144]) Vgl. VDB. IX S. 449.
[145]) Vgl. RGSt. 16, 208.

zu bewirken, auch wenn diese nicht erreicht wurde[146]). Trotz Übereinstimmung der Begehungshandlungen ist § 340 weiter als § 257. Der letztere verlangt als Vortat die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens, zu der später Beistand geleistet wird, um den Täter der Bestrafung zu entziehen. Ist die Vortat nur eine Übertretung, so bleibt der Begünstiger straflos. Diese Einschränkung macht § 346 nicht. Er stellt ganz allgemein auf die Ausübung der Strafgewalt und die Mitwirkung bei der Vollstreckung ab. Es ist daher gleichgültig, ob es sich um die Verfolgung einer Übertretung, eines Vergehens oder Verbrechens bezw. die Vollstreckung der entsprechenden Strafen handelt. Mithin enthält § 346 gegenüber § 257 ein selbständiges Amtsdelikt. Die Neufassung des § 346 hat in dieser Beziehung keine Änderung gebracht.

15. Der Tatbestand des § 347 (Entweichenlassen von Gefangenen) enthält ein unselbständiges Amtsdelikt gegenüber § 121, da sich beide Tatbestände decken. Die Abweichungen, insbesondere die Einfügung des Bewirkens der Befreiung, sind nur redaktioneller Natur[147]), da das Befördern auch das Bewirken umfaßt.

16. a) Die Falschbeurkundung im Amte (§ 348 Abs. 1) enthält ein selbständiges Amtsdelikt[148]). Man könnte einwenden, daß § 348 Abs. 1 der spezielle Tatbestand gegenüber § 271 sei. Dies ist aber nicht der Fall. Eine Privatperson kann niemals die Tätigkeit des Beurkundens selbst begehen. Durch Schaffung des § 271 wollte der Gesetzgeber die auch von ihm als solche straffrei erachtete mittelbare Täterschaft an der Falschbeurkundung des § 348 Abs. 1 treffen[149]). § 271 ist also ein auf die mittelbare Täterschaft spezialisierter Fall des § 348 Abs. 1. § 348 ist das prius zu § 271[150]), so daß die letztere Bestimmung nicht als Grunddelikt angesehen werden kann.

b) § 348 Abs. 2 enthält 4 verschiedene Handlungen, nämlich das Vernichten, Beiseiteschaffen, Beschädigen oder Verfälschen einer Urkunde. In § 133 sind die ersten drei genannt, so daß sich insoweit beide Tatbestände decken. Abweichungen zeigen sich nur hinsichtlich der Objekte. § 348 Abs. 2 verlangt amtlich anvertraute, § 133 amtlich übergebene Urkunden. Ein Unterschied kann in diesen Ausdrucksweisen nicht gefunden werden[151]). Den amtlich zugänglichen Urkunden in § 348 stehen ferner die sich zur amtlichen Aufbe-

---

[146]) Vgl. Olshausen § 257 Anm. 29; Leipz. Komm. § 257 Anm. I, 4; Kohlrausch Anm. 4; RGSt. 35, 128; 36, 76; 58, 13; JW. 52 I S. 403.
[147]) Vgl. Olshausen § 347 Anm. 1 u. 2.
[148]) A. M. Schütze, Lb. S. 533; Köhler, D. Strafrecht, S. 494.
[149]) Vgl. Frank § 348 I 1.
[150]) Munzinger S. 115.
[151]) Vgl. Leipz. Komm. § 348 Anm. 12.

wahrung an einem dazu bestimmten Orte befindlichen (§ 133) gegenüber. Diese verschiedenen Ausdrucksweisen sind nicht identisch. Befindet sich eine Urkunde in amtlicher Aufbewahrung an dem dazu bestimmten Ort, so braucht sie nicht auch amtlich zugänglich zu sein. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Beamte den amtlichen Aufbewahrungsort unbeobachtet und auf dienstwidrige Weise betreten hat[152]). Es ist aber auch möglich, daß amtlicher Gewahrsam nicht besteht, die Urkunde aber noch amtlich zugänglich ist. Sind z. B. Urkunden zum Verkauf bestimmt und von der betreffenden Behörde ausgesondert, so besteht kein amtlicher Gewahrsam mehr, da die Aufbewahrung nicht kraft des durch das Amt verliehenen Hoheitsrechts angeordnet ist[153]). Trotzdem sind die Urkunden einem Beamten noch amtlich zugänglich, wenn er infolge seines amtlichen Verhältnisses die tatsächliche Möglichkeit hat, zu ihnen zu gelangen. Es lassen sich also, wie das letzte Beispiel beweist, Fälle denken, bei denen nur § 348 Abs. 2 zur Anwendung kommt, so daß er insoweit sich als selbständiges Amtsdelikt darstellt.

Nach den obigen Ausführungen ist § 348 Abs. 2 gegenüber § 133, soweit das Vernichten, Beiseiteschaffen und Beschädigen amtlich anvertrauter Urkunden in Frage steht, unselbständiges Amtsdelikt und, soweit die genannten Handlungen an amtlich zugänglichen Urkunden begangen werden, selbständiges Amtsdelikt.

c) Frank[154]) will auch § 348 Abs. 2 gegenüber § 133 Abs. 2 als unselbständiges Amtsdelikt ansehen. Allein dies trifft nicht zu, da § 133 Abs. 2 gewinnsüchtige Absicht verlangt, die bei § 348 Abs. 2 nicht erforderlich ist. Die letztere Bestimmung ist also weiter als die erstere. Deshalb liegt in diesem Falle ein selbständiges Amtsdelikt vor.

d) Eine gewisse Ähnlichkeit zeigt der § 348 Abs. 2 auch mit dem § 274 Ziff. 1. Als Handlung führt dieser Vernichten, Beschädigen und Unterdrücken auf. Das Unterdrücken umfaßt das Beiseiteschaffen[155]), so daß sich beide Tatbestände insoweit decken. Sie unterscheiden sich aber durch das Objekt. § 274 Ziff. 1 verlangt Urkunden, die dem Täter überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehören, § 348 Abs. 2 Urkunden, die ihm amtlich anvertraut oder zugänglich sind. Nur bei fremden oder teilweise fremden Urkunden könnte ein unselbständiges Amtsdelikt vorliegen. Dieser Prüfung werden wir jedoch überhoben, da der innere Tatbestand beider Bestimmungen abweicht. § 274 Ziff. 1 verlangt

[152]) Vgl. Leipz. Komm. zu § 348 Anm. 13.
[153]) Vgl. Frank § 133 Anm. I 1.
[154]) Vgl. Komm. § 348 Anm. II.
[155]) Vgl. Olshausen § 274 Anm. 6.

die Absicht, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Diese Absicht ist bei § 348 Abs. 2 nicht erforderlich, so daß er insoweit weiter ist als § 274 Ziff. 1. Aus diesem Grunde enthält er gegenüber § 274 Ziff. 1 ein selbständiges Amtsdelikt[156]).

e) Hinsichtlich des Verfälschens von Urkunden wird vielfach Spezialität des § 348 Abs. 2 gegenüber § 267 angenommen[157]). Unzweifelhaft erstreckt sich § 348 Abs. 2 im Gegensatz zu § 267 nicht nur auf öffentliche und private Urkunden, welche zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen erheblich sind, da er ganz allgemein von Urkunden spricht[158]). Außerdem ist § 267 ein sogenanntes zweiaktiges Delikt. Es fordert Verfälschung und Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung, § 348 Abs. 2 dagegen nur Verfälschung. Das Verfälschen allein genügt zur Erfüllung des Tatbestandes des § 267 nicht. § 348 Abs. 2 ist also nicht auf § 267 aufgebaut und enthält deshalb ein selbständiges Amtsdelikt, soweit er das Verfälschen von Urkunden verbietet.

17. a) Der § 349 stellt einen qualifizierten Fall des § 348 dar. Er enthält in Verbindung mit § 348 Abs. 1 ein selbständiges Amtsdelikt, da ein Grundtatbestand nicht vorhanden ist (vgl. die Ausführungen unter 16 a).

b) Gegenüber § 133 Abs. 2 enthält § 349 in Verbindung mit § 348 Abs. 2 selbständige Amtsdelikte, soweit der Beamte in der Absicht, einem anderen Schaden zuzufügen, handelt. § 133 Abs. 2 berücksichtigt diesen Fall nicht, so daß es insoweit an einem Grunddelikt fehlt.

Werden die Handlungen des § 349 in der Absicht, sich oder einen anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, vorgenommen, so enthält § 349 gegenüber § 133 Abs. 2 selbständige und unselbständige Amtsdelikte in dem gleichen Umfange wie § 348 Abs. 2 gegenüber § 133 Abs. 1 (vgl. die Ausführung unter 17 b). § 133 Abs. 2 und § 349 weichen nur beim inneren Tatbestand voneinander ab. Der letztere verlangt, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, der erstere gewinnsüchtige Absicht. Diese unterschiedliche Ausdrucksweise ist aber für die Frage, ob selbständige oder unselbständige Amtsdelikte vorliegen, bedeutungslos.

---

[156]) Ebenso v. Hippel, Lb. S. 312 Anm. 2; Leipz. Komm. § 348 Anm. 18; Olshausen § 348 An. 17 c; a. A. Meves in HH. S. 956; Schütze, Lb. S. 533.

[157]) So Frank § 348 Anm. II; Schütze, Lb. S. 533; Richard Schmidt, Grundr. S. 316; offenbar auch Berner, Lb. S. 605; Wachinger, VDB. IX S. 227; Meves in HH. III S. 948, die den § 348 Abs. 2 ohne Einschränkung bei den uneigentlichen Amtsdelikten aufzählen; a. M. Olshausen § 348 Anm. 18; Leipz. Komm. § 348 Anm. 18.

[158]) Vgl. Olshausen § 348 Anm. 17 b; RGSt. 38, 46.

Die ältere Lehre setzte beide Begriffe gleich. Nach der neueren ist es streitig, ob unter den Begriff der gewinnsüchtigen Absicht auch die Erreichung nur materieller Vorteile, z. B. Vermeidung einer Bestrafung, fällt[159]). Es kann dahingestellt bleiben, für welche Auffassung man sich entscheidet. Nimmt man an, daß beide Begriffe gleich sind, so decken sich insoweit beide Tatbestände. Schließt man sich der neueren Lehre an, so ist der Tatbestand des § 133 Absatz 2 insoweit weiter als der des § 349. Auch im letzteren Falle stellt § 349 selbständige und unselbständige Amtsdelikte dar, und zwar in demselben Umfange wie § 348 Absatz 2 gegenüber § 133 Absatz 1.

c) § 349 und 268 stehen im gleichen Verhältnis wie § 348 zu § 267. § 349 enthält also insoweit ein selbständiges Amtsdelikt.

d) Dasselbe gilt für das Verhältnis zu § 274 Ziff. 1. § 349 ist weiter als die zuletzt genannte Bestimmung, denn er verlangt nicht nur fremde oder teilweise fremde Urkunden. Auch eigene Urkunden genügen zur Erfüllung des Tatbestandes.

18. a) Die Amtsunterschlagung (§ 350) stellt gegenüber der einfachen Unterschlagung nach herrschender Meinung ein unselbständiges Amtsdelikt dar. Ihr Aufbau entspricht nicht der sonst üblichen Form der unselbständigen Amtsdelikte, weil das amtliche Verhältnis nicht durch die sonst gebräuchliche Ausdrucksweise „in Ausübung oder Veranlassung der Ausübung des Amtes", sondern durch den Zusatz „in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat" angedeutet wird. Nach herrschender Lehre genügt zur Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale der Amtsunterschlagung nicht, daß der Beamte die Sachen lediglich bei Gelegenheit, in Veranlassung der Ausübung des Amtes oder mit Bezug auf seine amtliche Stellung empfangen oder in Gewahrsam hat[160]). Zu ihrer Erfüllung ist vielmehr eine Amtshandlung erforderlich. Der Beamte muß in Amtsausübung gehandelt haben, in amtlicher Eigenschaft aufgetreten sein[161]). Die Ausdrücke „in amtlicher Eigenschaft" und „in Ausübung seines Amtes" stehen daher vollkommen gleich. Ob das Gesetz diese oder jene Ausdrucksweise wählt, kann daher keinen Unterschied machen. Vor dem Vergleichen des Tatbestandes des § 350 mit dem des § 246 sind die auf das amtliche Verhältnis und die Amtsträgereigenschaft hindeutenden Worte zu streichen. Ebenso wie sonst der Ausdruck „in Ausübung seines Amtes" hierdurch in Fort-

[159]) Vgl. Frank § 133 Anm. IV; Leipz. Komm. § 133 Anm. 7.

[160]) Vgl. Olshausen § 350 Anm. 3; Frank § 350 Anm. I, 2; Leipz. Komm. 350 Anm. 3; RGSt. 4, 153.

[161]) Leipz. Komm. § 130 a Anm. 3 a u. § 350 Anm. 4; Olshausen § 130 a Anm. 4 a; Kohlrausch § 350 Anm. 1.

fall kommt, sind die Worte „in amtlicher Eigenschaft" hinwegzudenken. Dann aber decken sich beide Tatbestände, soweit Gelder oder andere Sachen sich im Gewahrsam des Täters befinden. § 350 weicht aber von § 246 insoweit ab, als er als Angriffsobjekte auch Gelder oder andere Sachen, die der Beamte in amtlicher Eigenschaft empfangen hat, erwähnt. Eine Erweiterung des Tatbestandes der Amtsunterschlagung kann darin aber nicht erblickt werden, da durch das Empfangen zugleich Gewahrsam begründet wird. Durch die Voranstellung der „Gelder", die ebenfalls Sachen sind, soll nur angedeutet werden, daß ihre Vertretbarkeit regelmäßig ausgeschlossen ist[162]). Der Tatbestand des § 350 und der des § 246 decken sich also, so daß die Amtsunterschlagung ein unselbständiges Amtsdelikt enthält[163]).

b) Das Empfangen von Sachen in amtlicher Eigenschaft ist aber nicht gleichbedeutend mit dem Ausdruck „anvertraut sein" in § 246. Anvertrauen im Sinne der Veruntreuung besagt, daß der Gewahrsam mit der Verpflichtung zur Rückgabe oder einer Verwendung zu einem bestimmten Zweck durch Rechtsgeschäft übertragen worden ist[164]). Der Begriff des „Empfangens" ist weiter als der Begriff des „Anvertrautseins". Im Einzelfall ist es möglich, daß beide Tatbestände sich decken, notwendig ist dies aber nicht. Der Tatbestand des § 350 ist also weiter als der der Veruntreuung. Trotzdem enthält die erstere Bestimmung kein selbständiges Amtsdelikt, da der Tatbestand der Veruntreuung stets unter den der Unterschlagung und damit unter § 350 fällt. Denkt man den Tatbestand der Veruntreuung weg, so ist die Handlung stets als gewöhnliche Unterschlagung strafbar. Das amtliche Verhältnis des § 350 kann also nicht strafbegründend wirken. Es stellt nur einen straferhöhenden Umstand dar, weil nach § 350 die Mindeststrafe 3 Monate Gefängnis ist.

c) Zu untersuchen bleibt noch das Verhältnis des § 350 zu den §§ 248 a und 370 Ziff. 5. Hierüber herrscht Streit.

Während eine Anzahl Schriftsteller und das RG.[165]) in § 350 das speziellere Gesetz gegenüber den §§ 246, 248 a und 370 Ziff. 5 erblicken, sehen andere[166]) in den §§ 248 a, 350 und 370 Ziff. 5 leges speziales gegenüber § 246.

[162]) Vgl. Leipz. Komm. § 350 Anm. 5; Olshausen § 350 Anm. 5; RG. JW. 1924, 1531.

[163]) So Olshausen § 350 Anm. 1; Leipz. Komm. § 350 Anm. 1 und RGSt. 55, 182.

[164]) Leipz. Komm. § 246 Anm. 6; Olshausen § 246 Anm. 23; Frank § 246 Anm. IV.

[165]) Vgl. Olshausen § 350 Anm. 6 a u. 370 Anm. i; Leipz. Komm. § 350 Anm. 8 u. 370 Anm. 15; Kohlrausch § 248 a Anm. 8 u. 370 Anm. 9; Beling, L. v. V. S. 277/78; RGSt. 46, 376; 51, 69.

[166]) Frank § 248 a Anm. I u. § 370 Anm. V, 2; Doerr, JW. 51 I S. 304.

Die Vertreter der zuerst angeführten Auffassung berufen sich auf die selbständige Natur des § 350 gegenüber § 246. Die Amtsunterschlagung enthalte zwar den Tatbestand der Unterschlagung, doch trete zu diesem kein materiellerschwerender Umstand hinzu. Vielmehr werde noch ein anderes Rechtsgut, das Recht des Staates auf Pflichttreue und Ehrlichkeit seiner Beamten verletzt[167]). Demgemäß sei die Anwendbarkeit der §§ 248 a und 370 Ziff. 5, wenn ihre Tatbestandsmerkmale von einem Beamten, der in amtlicher Eigenschaft handelt, erfüllt werden, durch § 350 als dem spezielleren Gesetz ausgeschlossen.

Demgegenüber berufen sich die Vertreter der zuletzt erwähnten Ansicht auf die Selbständigkeit der §§ 248 a und 370 Ziff. 5 und nehmen bei ihnen neue und besondere Deliktsformen an. Nach ihrer Meinung erscheint § 246 als Grundtatbestand und die §§ 248 a, 350 und 370 Ziff 5 als leges speziales. Sie gelangen daher folgerichtig zu der Auffassung, daß § 350 durch die §§ 248 a und 370 Ziff. 5 ausgeschlossen wird. Bei dieser Lehre wird die Frage der Täterschaft und Teilnahme am Sonderdelikt überhaupt nicht praktisch, da der Beamte wie ein gewöhnlicher Täter nach § 248 a oder § 370 Ziff. 5 zu bestrafen ist.

Wohl aber wird diese Frage für die Anhänger der zuerst behandelten Auffassung bedeutsam, da sie den Beamten auch beim Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 248 a oder 370 Ziff. 5 nur nach § 350 bestrafen. Beide Lehren kommen also hinsichtlich der Täterschaft und Teilnahme zu verschiedenen Ergebnissen. Es muß daher zu der Streitfrage Stellung genommen werden. Diejenigen, die den Beamten in allen Fällen nur nach § 248 a oder § 370 Ziff. 5 bestrafen wollen, lassen den von der herrschenden Lehre und vom RG. hervorgehobenen Gesichtspunkt, daß der Beamte, wenn er den Tatbestand der genannten Bestimmungen im Amte verwirklicht, sich neben der Verletzung des allgemeinen Rechtsgutes noch eine Störung des Behördenorganismus und damit eine mittelbare Schädigung der Volksgemeinschaft zu schulden kommen läßt, außer acht. Diese Lösung ist daher sehr unbefriedigend. Aus diesem Grunde muß man sich der Auffassung anschließen, daß der Beamte, auch wenn im Einzelfall die Tatbestandsmerkmale des § 248 a oder 370 Ziff. 5 bei der im Amte begangenen Unterschlagung vorliegen, nach § 350 zu bestrafen ist. Damit taucht aber die Frage auf, ob § 350 gegenüber den privilegierten Fällen ein selbständiges oder unselbständiges Amtsdelikt enthält. § 246 enthält keine erschöpfende Regelung der gemeinen Unterschlagung. Umfassend wird diese erst durch die

[167]) Vgl. die unter Anm. 165 zitierten RG.-Entsch.

Unterfälle der §§ 248a und 370 Ziff. 5 getroffen. Die Unterschlagung tritt nicht als einheitliches Delikt, sondern in drei Bestimmungen, die zusammen die gemeine Unterschlagung darstellen, in Erscheinung. Auf diese 3 Fälle bezieht sich der § 350 als qualifiziertes Delikt. Es kann daher nur fraglich sein, ob er sich gegenüber den §§ 248a und 370 Ziff. 5 als selbständiges oder unselbständiges Amtsdelikt darstellt. Würde man ein selbständiges Amtsdelikt annehmen, so würde der außenstehende Teilnehmer unbilligerweise unter Zugrundelegung des § 350 zu bestrafen sein. Dies würde aber in einem krassen Gegensatz zu § 246 stehen. Der außenstehende Teilnehmer wird in diesem Falle nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zu der gemeinen Unterschlagung bestraft. Da die §§ 248a und 370 Ziff. 5 privilegierte Fälle der gemeinen Unterschlagung darstellen, muß man, um dem Zweck des Gesetzes gerecht zu werden, für die Bestrafung der außenstehenden Teilnehmer nach § 248a oder § 370 Ziff. 5 eintreten.

Die allgemeine Regel, daß ein selbständiges Amtsdelikt dann vorliegt, wenn der gemeine Tatbestand enger ist als der des Amtsdelikts, würde hier zutreffen. Trotzdem wirkt das amtliche Verhältnis nicht strafbegründend, weil beim Hinwegdenken der §§ 248a und 370 Ziff. 5 die Handlung schon nach § 246 strafbar wäre. Das amtliche Verhältnis des § 350 wirkt gegenüber diesen Bestimmungen nur straferhöhend. Er stellt daher gegenüber den §§ 248a und 370 Ziff. 5 ein unselbständiges Amtsdelikt dar (vgl. auch das Verhältnis des § 350 zur Veruntreuung oben unter b).

19. Ob der § 351 ein selbständiges oder unselbständiges Amtsdelikt enthält, ist lebhaft umstritten. Ein selbständiges Amtsdelikt nehmen Olshausen, Meves, Wachinger, Baumeister und Birkmeyer[168]) an. Nach Olshausen enthält diese Bestimmung deshalb ein selbständiges Amtsdelikt, weil, soweit die straferhöhenden Umstände in Frage ständen, nur die Zuwiderhandlungen gegen eine besondere, nur für Beamte gegebene Norm vorliege[169]). Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt insbesondere das RG.[170]). Es verneint die Selbständigkeit des § 351. Die Rechtsnatur dieses Delikts werde durch den Hinzutritt der in § 351 erwähnten Umstände nicht berührt. Daraus zieht es den Schluß, daß für die Bestrafung der außenstehenden Teilnehmer der § 246 gelte.

§ 351 setzt eine Unterschlagung voraus. Außerdem fordert er, daß zur Verschleierung derselben die zur Eintragung oder Kon-

---

[168]) Vgl. Olshausen § 351 Ziff. 1; Meves in HH. III S. 947, 990 ff.; Wachinger, VDB. IX S. 227; Baumeister S. 65; Birkmeyer, Encyk. S. 1202.
[169]) Olshausen § 351 Anm. 2.
[170]) RGSt. 10, 126; 59, 340; 67, 177.

trolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Register oder Bücher unrichtig geführt, verfälscht oder unterdrückt, falsche Abschlüsse oder Auszüge aus diesen oder falsche Belege usw. vorgelegt werden. Es handelt sich also um einen besonders schweren Fall des § 350, der gegenüber diesem durch die erwähnten Verschleierungshandlungen spezialisiert ist. Der Tatbestand des § 350 ist somit weiter als der des § 351. Da die zuerst genannte Bestimmung mit § 246 identisch ist, muß der Tatbestand des § 246 ebenfalls weiter sein als der des § 351. Die einfache Unterschlagung deckt also alle Fälle der schweren Amtsunterschlagung. § 351 ist somit enger als § 246 und enthält deshalb ein unselbständiges Amtsdelikt. Das amtliche Verhältnis wirkt nicht strafbegründend, weil alle Fälle des § 351, wenn man diesen und den § 350 hinwegdenkt, nach § 246 strafbar wären.

20. Der § 352 (Gebührenüberhebung) steht mit dem § 263 in einem engen Zusammenhang. Beide Tatbestände decken sich aber nicht, sondern der § 352 ist weiter als der § 263. Beim Betrug ist die Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, erforderlich. § 352 dagegen verlangt nur, daß der Täter bewußt rechtswidrig nicht verschuldete Vergütungen erhebt, nicht aber daneben die Absicht durch die Überhebung mittels Täuschung des Zahlenden, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen[171]). Daher stellt § 359 gegenüber § 263 ein selbständiges Amtsdelikt dar[172]). Gegen die Annahme eines unselbständigen Amtsdelikts spricht außerdem, daß § 352 eine mildere Strafe androht als § 263, so daß das amtliche Verhältnis nicht straferhöhend wirken kann. Bestritten ist, ob Idealkonkurrenz mit § 263 möglich ist. Nach Ansicht des Reichsgerichts und der herrschenden Lehre[173]) hat § 263 grundsätzlich zurückzutreten. Sind jedoch von dem Amtsträger über das normale Maß hinaus betrügerische Tatsachen vorgespiegelt worden, so soll Idealkonkurrenz möglich sein. Dieser Lehre ist beizutreten. Sie findet ihre Begründung darin, daß § 263 das Vermögen nur gegen betrügerische Vorspiegelung schützt; der § 352 dagegen Vermögensschutz gegen autoritäre oder unter dem Schein der Autorität vorgenommene betrügerische Vorspiegelungen bezweckt.

---

[171]) Vgl. Olshausen § 352 Anm. 4.

[172]) Soweit § 352 Anwälte u. Rechtsbeistände als Täter aufführt, liegt nur ein selbständiges Sonderdelikt vor.

[173]) Vgl. RGSt. 18, 219; 40, 381; Leipz. Komm. § 352 Anm. 8; Frank § 352 Anm. I; a. A. Binding, Lb. II (2) S. 938/39, der in § 352 eine Sondervorschrift erblickt und Gerland S. 366, der Idealkonkurrenz mit § 263 stets für möglich hält.

21. Die Gebührenüberhebung (§ 353 Abs. 1) ist ein zweiaktiges Delikt. Der erste Teil enthält den Tatbestand des § 352. Die Handlung des zweiten Teiles fällt häufig mit dem Tatbestand der Unterschlagung zusammen. Ohne die vorliegende Stelle wäre die Überhebung einer Abgabe je nach den Umständen nach den §§ 263, 339 und die Nichtabgabe als Amtsunterschlagung[174]) strafbar. Zwischen diesen Delikten und § 353 Absatz 1 ist Idealkonkurrenz möglich[175]). Durch die Zusammensetzung des § 353 hat der Gesetzgeber ein besonderes Delikt geschaffen, das gegenüber den Einzeldelikten ein selbständiges Amtsdelikt darstellt, weil ihm ein besonderes gemeines Delikt nicht zu Grunde liegt.

§ 353 Absatz 2 enthält den umgekehrten Fall des § 353 Absatz 1. Für ihn gilt dasselbe wie für Absatz 1. Er stellt also ein selbständiges Amtsdelikt dar[176]).

22. § 353 a stellt den typischen Fall eines kriminalisierten Disziplinarvergehens dar. Er enthält ein selbständiges Amtsdelikt, da er auf keinem gemeinen Delikt als Grundtatbestand aufgebaut ist. Aus dem gleichen Grunde enthalten auch die §§ 353 b und c selbständige Amtsdelikte.

23. a) Der § 354 bestraft das Eröffnen von Paketen oder Briefen, die der Post anvertraut worden sind. Das Eröffnen von Briefen wird schon durch § 299 mit Strafe bedroht. § 354 droht für diesen Fall eine höhere Strafe an. Beide Tatbestände decken sich insoweit, so daß das amtliche Verhältnis straferhöhend wirkt. Mithin enthält § 354 gegenüber § 299 insoweit ein unselbständiges Amtsdelikt[177]).

b) Dagegen stellt das Eröffnen eines Paketes ein selbständiges Amtsdelikt dar, da § 354 insoweit auf keinem gemeinen Delikt aufgebaut ist. Der § 274 Ziff. 1 kommt hierfür nicht in Betracht, weil in dem Eröffnen eines Paketes keine Beschädigung einer Urkunde erblickt werden kann, und § 133 nicht, weil in dem Eröffnen noch keine Beschädigung zu liegen braucht.

c) Das Unterdrücken von Briefen und Paketen stellt ebenfalls ein selbständiges Amtsdelikt dar[178]). Zutreffend weist Olshausen[179])

---

[174]) Vgl. Frank, Komm. § 353 Anm. I.

[175]) Vgl. Olshausen § 353 Anm. 6.

[176]) So auch die herrschende Lehre; vgl. Frank § 353 Anm. II.

[177]) Ebenso Leipz. Komm. § 354 Anm. 1; Meves in HH. III S. 948, der zwar auf § 299 verweist, aber den Tatbestand des § 354 nicht zerlegt und deshalb ein selbständiges Amtsdelikt annimmt. Ebenso Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 27; vgl. auch Berner, Lb. S. 665, der den ganzen § 354 bei den unselbständigen Amtsdelikten erwähnt.

[178]) Vgl. RGSt. 28, 100; a. M. Berner, Lb. S. 665.

[179]) Vgl. Olshausen § 354 Anm. 7.

darauf hin, daß abweichend von § 274 Ziff. 1 Urkundenqualität eines Briefes nicht gefordert wird. Auch gegenüber § 133 ist nicht anders zu entscheiden. Das Unterdrücken in § 354 ist gegenüber dem Beiseiteschaffen in § 133 Absatz 1 der weitere Begriff. Die Abweichung ist darin begründet, daß die Handlung des § 133 einen Gewahrsamsbruch darstellt, während bei § 354 das Entziehen des Briefes aus dem Beförderungsverkehr genügt, ohne daß ein Gewahrsamsbruch vorzuliegen braucht[180]). Infolgedessen ist kein Spezialitätsverhältnis zwischen § 354 und 133 Absatz 1 gegeben[181]). Der § 354 ist also weiter als die genannten gemeinen Delikte.

d) Weiter stellt § 354 das wissentliche Gestatten (Beihilfe durch Unterlassung) der oben erwähnten Handlungen und das Hilfeleisten dazu unter Strafe. Olshausen[182]) nimmt an, es handele sich bei diesen Teilnahmehandlungen um unselbständige Amtsdelikte, da sie das zugrunde liegende Verbot der Teilnahme an strafbaren Handlungen anderer nicht bloß gegen Beamte, sondern gegen jeden Dritten richte. Diese Beweisführung ist jedoch nicht zutreffend, da sie nur die Grundlage für die Rechtswidrigkeit der Teilnahme angibt. Es ist sehr wohl möglich, daß sich im Einzelfall der Dritte nach den §§ 133, 242, 246, 274 oder 303 strafbar macht, notwendig ist dies aber nicht. Dem § 354 sind aber die für die eben erwähnten Bestimmungen notwendigen Begriffe der Wegnahme, des Aneignens, Beiseiteschaffens und Beschädigens von Briefen oder Paketen fremd, so daß diese §§ nicht als Grunddelikte für die Beihilfe oder das Gestatten angesehen werden können. Deshalb enthalten diese Tatbestände, soweit sie sich auf das Unterdrücken von Briefen oder Paketen und auf das Eröffnen der letzteren beziehen, selbständige Amtsdelikte[183]).

Hinsichtlich der Beihilfehandlungen zum Eröffnen von Briefen ist eine Ausnahme zu machen. Denkt man den § 354 hinweg, so würde die Handlung des Beamten nach § 299/49 strafbar sein. Das Gestatten und Beihilfeleisten zum Eröffnen eines Briefes ist daher als unselbständiges Amtsdelikt anzusehen[184]). Der außenstehende Teilnehmer ist, je nachdem Anstiftung oder Beihilfe vorliegt, nach § 299/49/48 oder 49 (in beiden Fällen wegen Beihilfe zu § 299) zu bestrafen (vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziffer 8 dieses Abschnittes).

---

[180]) So Munzinger S. 130.

[181]) Ebenso Leipz. Komm. § 354 Anm. 1.

[182]) Olshausen § 354 Anm. 7. Der Leipz. Komm. § 354 Anm. 1 nimmt unselbständige Amtsdelikte beim Eröffnen, bei der Gestattung und Hilfeleistung an, soweit § 299 zutrifft.

[183]) So auch Leipz. Komm. § 354 Anm. 1.

[184]) Vgl. Leipz. Komm. § 354 Anm. 1.

24. Der § 355 enthält in seinem Aufbau einen ähnlichen Tatbestand wie der § 354. Es sind 5 Tatbestände zu unterscheiden:

a) Das Verfälschen von Depeschen.

Dieser Tatbestand enthält ein selbständiges Amtsdelikt[185]), da er auf keinem gemeinen Delikt als Grundtatbestand aufgebaut ist. Insbesondere deckt er sich nicht mit dem Tatbestand der §§ 267[186]), 268 und 271. Die Depeschen sind Privaturkunden[187]). Sie alle müßten zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erheblich sein. Dies ist aber bei vielen Depeschen nicht der Fall. Außerdem fordert § 355 nur ein Verfälschen, nicht aber auch ein Gebrauchmachen[188]).

b) Das Eröffnen von Depeschen.

Dieser Tatbestand enthält ein unselbständiges Amtsdelikt gegenüber § 299, da das Eröffnen einer Depesche unter den Begriff des Eröffnens einer verschlossenen Urkunde fällt[189]). Urkunde im Sinne des § 299 bedeutet nicht Urkunde im Sinne des § 267, sondern es genügt jedes verschlossene Schriftstück[190]).

c) Das Unterdrücken von Depeschen.

Dieser Tatbestand enthält ein selbständiges Amtsdelikt (vgl. die Ausführungen unter Ziffer 23 c)[191]).

d) Die widerrechtliche Benachrichtigung Dritter vom Inhalt einer Depesche.

Auch in diesem Falle liegt ein selbständiges Amtsdelikt vor. Ein Spezialitätsverhältnis gegenüber § 300[192]) kommt nicht in Betracht, da der letzteren Bestimmung ein persönliches Vertrauensverhältnis zu Grunde liegt, bei § 354 die Schweigepflicht sich dagegen lediglich aus der amtlichen Stellung ergibt[193]).

---

185) Vgl. Leipz. Komm. § 355 Anm. 3; Olshausen § 355 Anm. 5.
186) A. A. Schütze, Lb. S. 534.
187) Vgl. Olshausen § 348 Anm. 13 bezüglich § 267; Leipz. Komm. § 355 Anm. 14.
188) Vgl. Leipz. Komm. § 355 Anm. 14.
189) Ebenso Olshausen § 355 Anm. 5; Leipz. Komm. § 355 Anm. 3.
190) Vgl. Olshausen § 299 Anm. 2; Leipz. Komm. § 299 Anm. 2; Frank § 299 Anm. II; Schwartz § 355 Anm. 7.
191) Vgl. Leipz. Komm. § 355 Anm. 3; Olshausen § 355 Anm. 5.
192) So Schütze, Lb. S. 534.
193) So Munzinger S. 132.

e) Das wissentliche Gestatten der obigen Handlungen und Beihilfeleisten dazu.

Insoweit enthält § 355 selbständige oder unselbständige Amtsdelikte, je nachdem der Tatbestand der erwähnten Handlungen selbständiges oder unselbständiges Amtsdelikt ist. Demgemäß stellt sich nur das Gestatten und Beihilfeleisten zum Eröffnen von Depeschen als unselbständiges Amtsdelikt dar[194]). Im übrigen liegen selbständige Amtsdelikte vor.

f) In § 355 Absatz 2 werden den Depeschen die Nachrichten, die durch eine zu öffentlichen Zwecken dienende Fernsprechanlage vermittelt werden, gleichgestellt. Eine Eröffnung solcher Nachrichten in dem Sinne der Verletzung des sie umgebenden Umschlags ist nicht denkbar. Infolgedessen stellen sich alle Einzeltatbestände als selbständige Amtsdelikte dar[195]).

25. Der § 356 (Parteiverrat) enthält ein selbständiges Amtsdelikt. Er hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der Untreue[196]). Trotzdem kommt ein Spezialitätsverhältnis nicht in Betracht, da zur Erfüllung des § 356 kein Vermögensschaden erforderlich ist, sondern jede Pflichtwidrigkeit oder jeder Nachteil genügt. Deshalb kann auch § 266 nicht als Grunddelikt des § 356 angesehen werden.

26. Der § 357 enthält 3 verschiedene Tatbestände, und zwar die Verleitung des Untergebenen, das Unternehmen der Verleitung und das wissentliche Geschehenlassen einer strafbaren Handlung im Amte durch den Vorgesetzten oder Kontrollbeamten.

a) Die Verleitung durch den Vorgesetzten oder Kontrollbeamten.

Es muß zwischen dem Verleiten zu einem selbständigen und unselbständigen Amtsdelikt unterschieden werden.

aa) Das Verleiten zu einem selbständigen Amtsdelikt.

Nach herrschender Lehre steht die Verleitung der Anstiftung gleich[197]). Handelt der Untergebene schuldhaft, so deckt sich der Tatbestand des § 357 mit dem der im 28. Abschnitt aufgeführten selbständigen Amtsdelikte in Verbindung mit § 48. Handelt der Untergebene dagegen schuldlos, so kann der Vorgesetzte oder Kontrollbeamte häufig nicht als mittelbarer Täter bestraft werden, da bei ihm oft das von einem selbständigen Amtsdeliktstatbestand verlangte besondere amtliche Verhältnis fehlen wird. Dies ist der Fall,

---

[194]) Ebenso Leipz. Komm. § 355 Anm. 3 in Verbindung mit § 354 Anm. 1.

[195]) Munzinger S. 133.

[196]) Vgl. Neumeyer, VDB. IX S. 504.

[197]) Vgl. Olshausen § 357 Anm. 3 a; Leipz. Komm. § 357 Anm. 1.

wenn der Vorgesetzte, dem die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache nicht obliegt, den Untergebenen zur Rechtsbeugung verleitet. Eine Bestrafung des Vorgesetzten wird hier nur durch § 357 ermöglicht. § 357 ist also, wenn das von einem selbständigen Amtsdeliktstatbestand verlangte besondere amtliche Verhältnis beim Vorgesetzten fehlt, der weitere Tatbestand und stellt sich insoweit als selbständiges Amtsdelikt dar.

Ist dieses Verhältnis auch beim Vorgesetzten oder Kontrollbeamten vorhanden, so deckt sich § 357 mit den Tatbeständen der selbständigen Amtsdelikte in Verbindung mit § 48. In diesem Fall enthält er ein unselbständiges Amtsdelikt, und zwar insoweit, als die selbständigen Amtsdelikte nicht in § 358 erwähnt werden, § 357 also eine Straferhöhung bringt. Gegenüber den in § 358 aufgeführten selbständigen Amtsdelikten in Verbindung mit § 48 ist § 357 in diesem Fall bedeutungslos, da eine Straferhöhung fehlt.

bb) Das Verleiten zu einem unselbständigen Amtsdelikt.

Dieses stellt sich gegenüber den im 28. Abschnitt enthaltenen unselbständigen Amtsdelikten in Verbindung mit § 48 ebenfalls als solches dar. Es lassen sich auch hier Fälle denken, bei denen das besondere amtliche Verhältnis wohl beim Untergebenen, nicht aber beim Vorgesetzten vorliegt. Stiftet beispielsweise der Vorgesetzte oder Kontrollbeamte den Untergebenen an, Gelder zu unterschlagen, die nur dieser in amtlicher Eigenschaft empfangen hat, so wäre der Vorgesetzte ohne die Sondervorschrift des § 357 nur wegen Anstiftung zur gemeinen Unterschlagung zu bestrafen. Da § 357 für diesen Fall eine höhere Strafe androht, wirkt das amtliche Verhältnis straferhöhend. Handelt der unterschlagende Beamte schuldlos, so wäre der Vorgesetzte, bei dem das besondere Verhältnis nicht vorliegt, als mittelbarer Täter nach § 246 zu bestrafen. Auch in diesem Falle bringt § 357 eine Straferhöhung.

Bei den unselbständigen Amtsdelikten ist es aber gleichgültig, ob das besondere amtliche Verhältnis beim Vorgesetzten und Untergebenen vorliegt, da der Vorgesetzte beim Hinwegdenken der unselbständigen Amtsdelikte und des § 357 stets nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts in Verbindung mit § 48 strafbar wäre. Gegenüber diesen bringt § 357 eine Straferhöhung. Somit stellt sich das Verleiten zu einem unselbständigen Amtsdelikt als unselbständiges Amtsverbrechen dar[198]).

---

[198]) A. M. die herrschende Lehre; vgl. Olshausen § 357 Anm. 4 und Leipz. Komm. § 357 Anm. 7, die beim Verleiten stets ein unselbständiges Amtsdelikt annehmen.

b) Das Unternehmen des Verleitens in § 357 stellt ein selbständiges Amtsdelikt dar[199]). Es bezieht sich auf die erfolglosen Fälle der Anstiftung, also auf den Anstiftungsversuch[200]). Dieser trifft aber nur die schwereren Fälle, sofern die unternommene Verleitung als Aufforderung im Sinne des § 49 a aufzufassen ist. Außerdem muß die Handlung, zu der verleitet werden soll, ein Verbrechen sein. Bei § 49 a ist außerdem nicht erforderlich, daß die Aufforderung an eine bestimmte Person gerichtet ist. Vielmehr kann sie an eine Mehrheit von nicht individuell bestimmten Menschen gerichtet sein[201]). Das Unternehmen der Verleitung stellt, da es sonst straffreie Fälle mit Strafe belegt, ein selbständiges Amtsdelikt dar.

c) Weiter stellt der § 357 Absatz 1 das Geschehenlassen unter Strafe. Die herrschende Lehre nimmt an, daß es sich bei dieser Alternative um negative Beihilfe zu dem betreffenden Amtsdelikt handelt, die hier zum selbständigen Delikt erhoben ist. Diese wird der positiven Hilfeleistung durch Rat oder Tat gleichgestellt[202]). Die Handlungspflicht für die negative Beihilfe wird allgemein aus § 357 selbst entnommen. Das wissentliche Geschehenlassen, also die Beihilfe durch Unterlassung, ist nicht in allen Fällen strafbar. Wenn keine besondere Handlungspflicht besteht, müssen diese Fälle straflos bleiben. Da die Handlungspflicht für die negative Beihilfe aus dem § 357 selbst entnommen wird, stellt er gegenüber allen im 28. Abschnitt enthaltenen selbständigen und unselbständigen Amtsdelikten ein selbständiges Amtsdelikt[203]) dar, da er weiter ist als diese Tatbestände.

27. Die §§ 128 Absatz 2 und 129 Absatz 2 setzen für den Beamten eine höhere Strafe als die in Absatz 1 angedrohte fest. Es kann nämlich auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von 1 bis zu 5 Jahren erkannt werden. Eine Straferhöhung liegt also vor. Trotzdem sind hier keine Amtsdelikte anzunehmen, da diese Bestimmungen nur an die Amtsträgereigenschaft anknüpfen. Sie enthalten nur unselbständige Sonderdelikte.

28. § 174 Ziff. 2 stellt nur ein selbständiges Sonderdelikt dar, da seine Begehung kein amtliches Verhältnis voraussetzt[204]). Der

[199]) Vgl. Leipz. Komm. § 357 Anm. 7; Olshausen § 357 Anm. 4.

[200]) Ebenso Olshausen § 357 Anm. 3 b; Frank § 357 Anm. I; Leipz. Komm. § 357 Anm. 1; Binding, Lb. II (2) S. 736; Brandt S. 38; RGSt. 42, 269.

[201]) Vgl. Leipz. Komm. § 49 a Anm. 4 c; Olshausen § 49 a Anm. 5 a.

[202]) Vgl. Leipz. Komm. § 357 Anm. 1; Olshausen § 357 Anm. 3 c; Frank § 357 Anm. I; a. M. Neumeyer, VDB. IX S. 520.

[203]) Ebenso Olshausen § 357 Anm. 4; a. M. Leipz. Komm. Anm. 7, der teils ein eigentliches, teils ein uneigentliches Amtsdelikt annimmt, je nachdem das Verhalten des Täters unter § 49 fällt oder nicht.

[204]) Vgl. Wachinger, VDB. IX S. 297.

Beamte braucht nicht als Beamter aufgetreten zu sein; sondern es genügt, wenn er beispielsweise außerhalb seines Amtes an einer Person, gegen die er eine Untersuchung zu führen hat, unzüchtige Handlungen vornimmt. Aus den gleichen Gründen stellt sich auch § 174 Ziff. 3 als selbständiges Sonderdelikt dar. Dasselbe gilt für § 174 Ziff. 1, da Geistliche und Lehrer auch dann, wenn sie Privatlehrer oder Privatgeistliche sind, nach diesen Bestimmungen bestraft werden[205]).

29. Die §§ 222 Absatz 2 und 230 Absatz 2 gehören ebenfalls nicht zu den Amtsdelikten. Nach der herrschenden Lehre sind die §§ 222 und 230 Absatz 2 auch dann anwendbar, wenn der Beamte nicht in Ausübung oder Veranlassung seines Amtes gehandelt hat[206]). Die Verletzung des amtlichen Verhältnisses ist demnach nicht erforderlich. Es genügt ein Verhalten, das an und für sich in den Kreis der amtlichen Tätigkeit des Betreffenden fällt. Dieser Auffassung ist beizutreten, weil das Gesetz das Vorliegen eines amtlichen Verhältnisses nicht verlangt und durch die Regelung außerhalb des 28. Abschnitts diese Auffassung noch besonders zum Ausdruck bringt.

30. Der § 300 stellt der Begehung durch die sogenannten Amtsträger den Fall der Begehung durch andere Personen gleich, die nicht Rechtspersonen, sondern nur Rechtssubjekte sind[207]). Wäre der Angriff auf den Behördenorganismus bezw. die mittelbare Schädigung des Volkes besonders berücksichtigt worden, so hätte für diesen Fall der Begehung durch einen Amtsträger eine Strafschärfung vorgesehen werden müssen[208]). Das Offenbaren von Privatgeheimnissen braucht außerdem nicht mit dem Amte in Verbindung zu stehen. Deshalb enthält auch § 300, soweit die dort aufgestellten Personen unter § 359 fallen, kein Amtsdelikt, sondern nur ein selbständiges Sonderdelikt.

31. § 316 Absatz 2 enthält kein Amtsdelikt, weil hier nicht das amtliche Verhältnis, sondern nur ein persönliches Verhältnis der Grund der Qualifikation ist. Er stellt sich, weil dieses Verhältnis strafbegründend wirkt, als selbständiges Sonderdelikt dar[209]). Dasselbe gilt von § 318 Absatz 2.

32. Auch § 322 ist, soweit er „die Nichtaufstellung eines Feuerzeichens der Dienstpflicht zuwider" als Handlung aufführt, nur ein selbständiges Sonderverbrechen[210]). Ein amtliches Verhältnis braucht

---

[205]) A. A. Meves in HH. III S. 947.
[206]) Vgl. RGSt. 34, 65; 54, 234; a. M. Frank § 222 Anm. 2.
[207]) Vgl. Erik Wolf, V. Wesen d. T., S. 16.
[208]) Vgl. Wachinger, VDB. IX S. 297.
[209]) Vgl. Wachinger, VDB. IX S. 297.
[210]) Ebenso Wachinger, VDB. IX S. 297.

nicht vorzuliegen, sondern es genügt zur Erfüllung des Tatbestandes jede Verletzung einer Privatpflicht[211]).

## 7. Abschnitt.

### Die Bestrafung des Täters und Teilnehmers beim unselbständigen Amtsdelikt.

Wir haben festgestellt, daß ein unselbständiges Amtsdelikt dann vorliegt, wenn das amtliche Verhältnis straferhöhend wirkt. Dieser straferhöhende Tatumstand ist nach § 50 nur dem Täter oder Teilnehmer zuzurechnen, bei dem er vorliegt. Begeht beispielsweise ein Beamter eine Körperverletzung im Amte, so ist er nach § 340 und der Teilnehmer, bei dem das gleiche amtliche Verhältnis vorliegt, nach § 340 in Verbindung mit den §§ 47, 48 oder 49 zu bestrafen. Für diese Fälle hat also der § 50 keine Bedeutung. Die Rechtslage ändert sich jedoch, wenn der Täter ein Amtsträger, der Teilnehmer dagegen ein Außenstehender oder der Täter Nichtbeamter, der Teilnehmer dagegen Beamter ist. Im ersteren Falle ist für den Beamten die Strafe aus § 340, für den außenstehenden Teilnehmer unter Anwendung des § 50 aus § 223/224 in Verbindung mit den §§ 47, 48 oder 49 zu entnehmen. Im zweiten Falle ist der außenstehende Täter nach § 223/224, der beamtete Teilnehmer dagegen nach § 340 in Verbindung mit den §§ 47, 48 oder 49 zu bestrafen. Handelt der Beamte schuldlos, so verwirkt der außenstehende Teilnehmer als mittelbarer Täter die Strafe aus § 223 oder 224. Im umgekehrten Falle ist der beamtete Teilnehmer als mittelbarer Täter nach § 340 zu bestrafen. Das Gesetz hat mit dieser Regelung dem Gedanken der Gerechtigkeit Rechnung getragen, nämlich daß jeder nach dem Maße seines Verschuldens bestraft werden soll. Es handelt sich in diesen Fällen keineswegs um eine Durchbrechung der Akzessorietät der Teilnahme[212]), sondern nur um eine Änderung des Strafmaßes[213]), denn § 50 regelt nicht das „Ob", sondern das „Wie" der Strafbarkeit.

Die herrschende Lehre erblickt den straferhöhenden Umstand bei den unselbständigen Amtsdelikten entgegen der von uns vertretenen Auffassung nur in der Beamteneigenschaft. Dies ist jedoch unrichtig. Bei folgerichtiger Durchführung dieser Ansicht, müßte

---

[211]) Vgl. Frank § 322 Anm. 1, 2; Olshausen § 322 Anm. 2; Schwartz § 322 Anm. 2.

[212]) So die herrschende Lehre; vgl. Leipz. Komm. § 50 Anm. 1; Frank § 50 II; Eberhard Schmidt, Lb. 26. Aufl. S. 347; Rosenfeld, Frank-Festgabe, Bd. II S. 181.

[213]) Vgl. Mezger, Lb. S. 453.

ein Beamter, ganz gleichgültig, ob er die Handlung im Amte oder außerhalb desselben begangen hat, nach der Sondervorschrift bestraft werden. Die Amtsdelikte wären dann als Standesdelikte aufzufassen. Das RStGB. hat jedoch diese Begriffsbestimmung nicht zu Grunde gelegt (vgl. die Ausführungen im 3. Abschnitt). Nicht die Beamteneigenschaft bildet die Ursache der Straferhöhung, sondern das amtliche Verhältnis[214]). Fehlt dieses, so hat der Beamte nur ein gemeines Delikt begangen.

## 8. Abschnitt.

### Täterschaft und Teilnahme am selbständigen Amtsdelikt.

Die selbständigen Amtsdelikte sind Sonderdelikte. Es gelten daher für beide hinsichtlich der Teilnahme dieselben Regeln. Die Täterschaft ist bei ihnen auf den im Tatbestand umschriebenen Personenkreis beschränkt. Außenstehende, bei denen die bestimmte Qualifikation fehlt, scheiden als Subjekte dieser Delikte aus. Das gleiche hat für den Mittäter zu gelten. Das Gesetz bezeichnet zwar die Mittäterschaft in der Überschrift zu den §§ 47 ff. und in § 50 als Teilnahme. Aber sie ist nur unechte Teilnahme im Gegensatz zu den echten Teilnahmeformen der Anstiftung und Beihilfe. Teilnehmer im echten Sinn ist nur der, der als Nichttäter an der Tat eines anderen sich beteiligt. Der Mittäter des § 47 aber ist echter Täter[215]). Deshalb kann Mittäter eines selbständigen Amtsdelikts nur eine qualifizierte Person sein. Daneben ist die Mittäterschaft noch Teilnahme im weiteren Sinne in den Fällen, in denen nicht jeder Mittäter den gesamten Tatbestand in seiner Person erfüllt, sondern nur einen Teil desselben verwirklicht. Hier bedeutet § 47, daß jeder Mittäter für die Gesamttat haftet, auch soweit er die Tatbestandsmerkmale nicht persönlich gesetzt hat. Aber auch in diesen Fällen müssen beim selbständigen Amtsdelikt alle Mittäter die vom Tatbestand geforderte Qualifikation aufweisen. Fehlt diese, so kommt eine Bestrafung als Mittäter nicht in Betracht[216]), da es an der tatbestandsmäßigen Rechtswidrigkeit fehlt.

---

[214]) Übereinstimmend Wachinger, VDB. IX S. 296, 298, 305; Hälschner, Lb. II S. 1026/27; a. M. Oppenheim, Rechtsbeugungsverbr. S. 19/20; RGSt. 55, 181 und die herrschende Lehre.

[215]) Leipz. Komm. § 47 Anm. 1; Mezger, Lb. S. 421.

[216]) Vgl. Mezger, Lb. S. 421; ebenso die herrschende Lehre, z. B. Olshausen § 47 Anm. 20; Leipz. Komm. 5. Auflage zu § 47 Anm. 11; Frank S. 117; Schwartz, Komm. § 47 Anm. 1 c.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob der außenstehende Anstifter oder Gehilfe am selbständigen Amtsdelikt sich strafbar macht. Weisen alle an einem solchen Delikt Beteiligten die gleichen Qualifikationen auf, so ergeben sich für die Bestrafung der Teilnehmer überhaupt keine Schwierigkeiten. Diese werden wegen Anstiftung oder Beihilfe zu dem betreffenden selbständigen Amtsdelikt bestraft. Weist dagegen der Teilnehmer die beim Haupttäter vorliegende Qualifikation nicht auf, so bestehen gegen seine Bestrafung Bedenken, weil er dann dem innenstehenden Teilnehmer gleichgestellt wird, obgleich bei ihm der strafbegründende Tatumstand fehlt.

Die geschichtliche Entwicklung in dieser Frage geht dahin, die Teilnahme Außenstehender am Amtsverbrechen zu bestrafen. Das ALR. kannte, wie wir bereits gesehen haben, die Teilnahme Außenstehender an den Staatsdienerdelikten nicht. Die späteren Landesstrafgesetzbücher treten teils für eine Bestrafung, teils für die Straflosigkeit der Teilnahme ein. Das geltende Strafgesetzbuch hat über diese Frage keine Regelung getroffen. Sie sollte vielmehr der Wissenschaft überlassen bleiben[217]). Es ist daher auch nicht verwunderlich, daß sich verschiedene Lehrmeinungen zur Lösung des Problems in der heutigen Wissenschaft herausgebildet haben.

## 9. Abschnitt.

### Das Problem der Teilnahme Außenstehender am selbständigen Amtsdelikt.

### I.

Im neueren Schrifttum treten zwei entgegengesetzte Lehrmeinungen hervor. Entsprechend der geschichtlichen Entwicklung verneint die erste[218]) die Möglichkeit der Teilnahme Außenstehender aus dem Wesen des selbständigen Amtsdelikts. Dieses schütze garnicht ein allgemeines Rechtsgut, sondern nur eine persönliche Beziehung, in welcher sich der einzelne befinde. Diese stelle nicht nur eine Erschwerung oder Milderung, sondern die Voraussetzung des Delikts dar[219]). Hieraus wird gefolgert, daß von einer Haftung eines Außenstehenden als Teilnehmer nicht die Rede sein könne. „Das Amtsverbrechen beruhe auf einer Verletzung der subjektiven Amtspflicht. Die Unterscheidung zwischen Amts- und Disziplinarver-

[217]) Vgl. Stock S. 197 Anm. 6.
[218]) Vgl. Kohler, Studien I S. 134 ff.
[219]) Vgl. Kohler, Studien I S. 134.

gehen sei nicht so zu fassen, daß die ersteren gegen ein objektives Rechtsgut, die letzteren gegen die Beamtenpflicht gerichtet seien, sondern die Verletzung der Beamtenpflicht werde zum Amtsverbrechen, wenn dieselbe wesentliche Interessen der Menschheit verletze.... Daraus ergebe sich von selbst, daß weder von einer Anstiftung noch von einer Beihilfe noch von einer indirekten Täterschaft eines Nichtbeamten bei einem Amtsdelikt die Rede sein könne, da ein Nichtbeamter keine Berufspflicht habe, welche er in leichterer oder schwererer Weise, mit geringerem oder höherem Erfolge verletzen könne"[220]).

Diese Lehre bewegt sich vollkommen in der Auffassung des ALR. Sie betrachtet die Amtsdelikte als Standesdelikte und berücksichtigt nicht, daß sich inzwischen ein Wandel in der Gesetzgebung vollzogen hatte, auf Grund dessen die Amtsdelikte nicht mehr als Standesdelikte, sondern als Sonderdelikte betrachtet wurden. Bei ihnen ist nur die Täterschaft auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt. Im übrigen kann das durch sie geschützte Rechtsgut von jedermann in der Form der Teilnahme angegriffen werden, da es kaum ein Rechtsgut gibt, bei dem dies nicht der Fall wäre.

## II.

Deshalb hat auch die herrschende Lehre die Teilnahme am Sonderverbrechen für möglich erklärt, jedoch mit ganz verschiedener Begründung.

1. Manche Schriftsteller und das Reichsgericht[221]) behaupten, daß die Teilnahmegrundsätze einfach auf das Sonderverbrechen zu übertragen seien. Diese Lehre geht von dem Grundsatz aus, daß die allgemeinen Rechtssätze anzuwenden seien, da das Gesetz für die Teilnahme am Sonderverbrechen keine abweichende Bestimmung getroffen habe. Das Gesetz fordere zum Begriff der Anstiftung nur, daß jemand durch seine Tätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem anderen begangenen strafbaren Handlung setze, nicht aber, daß hinsichtlich seiner Person die Eigenschaften vorhanden seien, welche erforderlich sind, um die strafbare Handlung als Täter begehen zu können. Es sei daher der Begriff der Anstiftung auch zu einem selbständigen Amtsdelikt nicht dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, der den Beamten vorsätzlich bestimmt habe — weil ihm die

---

[220]) So Kohler, Studien S. 134/35 u. Leitfaden S. 34: Wenn der Anstifter die Tat rechtlich gar nicht begehen kann, dann ist auch eine Anstiftung nicht möglich.

[221]) Vgl. Schütze, Teilnahme S. 299/300 und die bei Nagler, Teilnahme S. 105 Zitierten; ferner RGSt. 6, 415; 63, 313 (318); Reichle S. 29.

rechtliche Qualifikation fehle — das Delikt nicht als Täter begehen könne[222]).

Gegen diese Beweisführung des RG. muß eingewendet werden, daß die Schwierigkeiten, die sich bei der Teilnahme am selbständigen Amtsverbrechen ergeben, nur in dem Charakter der Sonderdelikte begründet sind. Die ganze Argumentation des Reichsgerichts läuft auf eine bloße Behauptung hinaus, wofür es den Beweis schuldig bleibt[223]).

2. Eine andere Gruppe[224]) legt für die Begründung der Teilnahme am Sonderdelikt nicht nur die allgemeinen Bestimmungen über die Teilnahme zu Grunde, sondern argumentiert noch mit der Akzessorietät. An sich sei jede Teilnahmehandlung, für sich allein betrachtet, rechtlich bedeutungslos. Erst durch Hinzutreten der strafbaren Täterhandlung werde sie rechtlich erheblich. Es komme deshalb lediglich darauf an, ob eine strafbare Täterhandlung vorliege. Völlig unerheblich sei, ob der Teilnehmer auch die Täterhandlung hätte selbst vornehmen können. So führt Eb. Schmidt (26. Auflage S. 347) aus, daß persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, die ein an sich strafloses Tun erst zu einem strafbaren machen, welche also die Strafbarkeit erst begründen, wenn sie beim Täter vorliegen, stets auch dem Teilnehmer zuzurechnen seien. Hier gelange die Selbständigkeit der Teilnahme zur vollen Anerkennung.

Gegen diese Lehre ist einzuwenden, daß der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme nur das „Ob" der Strafbarkeit regelt, und zwar insoweit, als die Teilnahme von dem Vorliegen einer Haupttat abhängig ist. Das „Ob" der Strafbarkeit ergibt sich aus den §§ 48 und 49. Die Tatsache, daß das Gesetz die Teilnahmehandlung von der Haupttat abhängig gestaltet hat, beweist noch nicht das mindeste dafür, daß es im speziellen Falle die Möglichkeit einer rechtlich erheblichen Beteiligung bejaht[225]).

3. Andere Schriftsteller[226]) berufen sich zur Begründung der Teilnahmemöglichkeit Außenstehender am selbständigen Amtsdelikt auf § 50. Man arbeitet mit dem argumentum e contrario und führt aus: „§ 50 regele die Zurechnung der strafändernden persönlichen

---

[222]) Vgl. RGSt. 6, 415 u. 63, 313 (318).

[223]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 107.

[224]) Vgl. die bei Nagler S. 109 Zitierten; ferner Binding, Grundriß S. 129; Schreiber S. 50/51; Birkmeyer, L. v. d. Teilnahme, S. 169, 170; Allfeld, 9. Aufl. S. 210, 211.

[225]) Vgl. Nagler S. 110; Diesselberg S. 48.

[226]) Vgl. die bei Nagler S. 97 und Baumbach von Kaimberg S. 36 Zitierten; Max Ernst Mayer, Lb. S. 411 ff.; Frank, Vorbemerk. IV, 1 vor § 47; Gerland S. 189; Heimberger S. 83; Dahm S. 122; Ibach S. 85.

Eigenschaften und Verhältnisse, nicht aber die Zurechnung der strafbegründenden persönlichen Umstände. Mit Hilfe des Umkehrschlusses kommt man zu dem Ergebnis, daß im Falle der strafbegründenden Wirkung der persönlichen Umstände die Ausnahme von der Akzessorietät der Teilnahme nicht gelte. Infolgedessen sei Teilnahme Außenstehender am selbständigen Amtsdelikt möglich.

Die Notwendigkeit eines solchen Umkehrschlusses leuchtet jedoch nicht ein. Man kann aus § 50 mit dem gleichen Recht unter Verwendung der Analogie folgern, daß die persönlichen Verhältnisse ganz allgemein nur gegen die Personen wirken sollen, bei denen sie vorliegen. Daß § 50 vollkommen ungeeignet ist, eine Begründung für die Teilnahmemöglichkeit Außenstehender am Sonderdelikt abzugeben, hat schon Nagler überzeugend dargelegt. Er führt aus: „§ 50 regele nur das ‚Wie', nicht aber das ‚Ob' der Strafbarkeit. Voraussetzung seiner Anwendung sei also immer die Bejahung der Schuld- und Strafbarkeitsfrage an sich"[227]). § 50 hat also lediglich Bedeutung für das Strafmaß; sein Geltungsbereich beginnt erst jenseits der Frage, ob eine strafrechtliche Reaktion eintritt oder nicht.

Untersuchen wir einmal die Frage, ob aus § 50 ein argumentum e contrario gezogen werden kann, noch etwas näher, so werden wir sehen, daß die Beweisführung unschlüssig ist. Man pflegt die straferhöhenden und strafmindernden Eigenschaften und Verhältnisse zusammenfassend als strafändernde Umstände zu bezeichnen. Ihnen stehen die strafausschließenden und strafbegründenden Umstände (strafentscheidende Umstände) gegenüber. Gestalten wir zunächst den § 50 unter Zugrundelegung der strafändernden Umstände um. Dann würde er lauten: Strafändernde Umstände, die nur beim Täter vorliegen, wirken weder für noch gegen den Teilnehmer, und strafändernde Umstände, die nur beim Teilnehmer vorliegen, wirken weder für noch gegen den Täter. Daraus würde sich nach dem argumentum e contrario ergeben:

Strafbegründende Umstände, die nur beim Täter vorliegen, wirken auch gegen den Teilnehmer; strafbegründende Umstände, die nur beim Teilnehmer vorliegen, wirken auch gegen den Täter[228]).

Der erste Teil dieses Satzes spricht zwar für die Richtigkeit des Umkehrschlusses, der zweite Teil aber widerspricht dem geltenden Strafrecht. Denn es müßte danach der außenstehende Täter, wenn bei dem Teilnehmer die rechtliche Qualifikation vorliegt, nach dem betreffenden selbständigen Sonderdelikt bestraft werden. Diese

---

[227]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 97.
[228]) Vgl. Kantorowicz S. 87 ff.

Folgerung steht aber in einem krassen Widerspruch zum Begriff des selbständigen Sonderdelikts, das nur von dem im Tatbestand bezeichneten Subjekt begangen werden kann. Daher kann das argumentum e contrario aus § 50 zur Begründung der Teilnahmemöglichkeit Außenstehender am selbständigen Amtsdelikt nicht verwendet werden.

4. Im Gegensatz zu dem Versuch, die Strafbarkeit Außenstehender aus den Teilnahmevorschriften abzuleiten, geht Nagler[229]) vom Sonderverbrechen aus. Er sieht das Wesen des Sonderverbrechens darin, daß die Rechtsordnung ihre Gebote und Verbote nur für bestimmte Personengruppen aufstelle, daß die Rechtsnorm deshalb eine persönlich umschränkte sei. Hieraus zieht er den Schluß, daß primär nur die Angehörigen jener Kreise vinkuliert seien. Folgerichtig müßte daraus geschlossen werden, daß auch nur die Vinkulierten sich der Teilnahme schuldig machen könnten. Dieser Schlußfolgerung entzieht sich Nagler dadurch, daß er eine sekundäre Haftung Außenstehender konstruiert. Der Außenstehende könne zwar von sich aus in der vom Gesetz bezeichneten Weise weder ein Rechtsgut verletzen noch gefährden, da dies nur von dem speziell bezeichneten Täter geschehen könne. Seine Beziehung zu dem angegriffenen Rechtsgut sei eine ganz verschiedene, wenn er allein auf sich gestellt tätig werde oder wenn er mit einem tauglichen prinzipalen Täter verbündet vorgehe[230]). Die Sonderverbrechen seien grundsätzlich und in erster Linie an die Vinkulierten gerichtet, daneben aber auch immer an die Außenstehenden, da die Tendenz bestehe, jede Mitwirkung bei einem verbrecherischen Unternehmen zu untersagen[231]). Auf diese Weise konstruiert Nagler eine allgemeine sekundäre Gehorsamspflicht, die er neben die prinzipale stellt. Diese Norm verpflichte sekundär auch eine außenstehende Person, vorausgesetzt jedoch, daß ein primär vinkulierter Täter vorhanden sei.

Dieser Lehre hat sich Oetker[232]) angeschlossen; er leitet aber die sekundäre Gehorsamspflicht nicht unmittelbar aus der Sondernorm ab. Die sekundären Normen sind nach ihm „Produkte einer Verbindung des Anstittungs- und Beihilfeverbots und der Sondernorm"[233]). Er selbst gibt aber keinen überzeugenden Grund für die Erweiterung der Norm durch das Verbot der Beihilfe und Anstiftung.

Nagler leitet die sekundäre Norm unmittelbar aus dem Rechtsschutzbedürfnis ab. Außerdem gibt er seine Auffassung vom Sonder-

---

[229]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 113, 114.
[230]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 114.
[231]) Vgl. Nagler, Teilnahme S. 115.
[232]) Vgl. Oetker, Ger. S. 68 S. 306.
[233]) Vgl. Oetker, Ger. S. 68 S. 306.

verbrechen durch die Annahme der sekundären Gehorsamspflicht preis. Er sieht die Eigenart des Sonderdelikts darin, daß es nur für bestimmte Gruppen deliktsfähiger Personen Geltung habe. An wen die Sondervorschrift nicht adressiert sei, der könne sie auch nicht verletzen. Bei konsequenter Durchführung dieses Standpunktes müßte er zur Straflosigkeit der extranen Teilnehmer kommen, da die persönliche Normgebundenheit sich nicht auf sie erstreckt[234]). Auch Oetker benutzt nur zur Begründung der Strafbarkeit außenstehender Teilnehmer am Sonderverbrechen das Rechtsschutzbedürfnis. Dies sind aber kriminalpolitische Erwägungen, die juristisch nichts nützen.

Vom Wesen des Sonderverbrechens versucht auch Dieselberg[235]) das Problem zu lösen. Er geht davon aus, daß die den Sonderdelikten zugrunde liegenden Normen an alle Rechtsunterworfenen gerichtet seien. Der Extrane wie der Intrane müsse daher das geschützte Rechtsgut respektieren. Allein es ist nicht einzusehen, weshalb der Außenstehende dieselben Pflichten haben soll wie der Innenstehende.

## III.

Es bleiben nur zwei Möglichkeiten, die Strafbarkeit außenstehender Teilnehmer am Sonderverbrechen zu begründen.

1. Man könnte die Frage vom Sonderverbrechen aus lösen, durch das die ganzen Schwierigkeiten bereitet werden. Aus der Eigenart des Sonderdelikts kann man aber nur die Möglichkeit der Teilnahme Intraner begründen. Damit ist aber nichts gewonnen. Reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte allein, wie sie auch Mezger[236]) heranzieht, können zur Begründung der Strafbarkeit außenstehender Teilnehmer nicht verwendet werden. Vom Sonderdelikt aus läßt sich also die Frage der Teilnahme Außenstehender nicht lösen.

2. Es bleibt daher nur noch die Möglichkeit, von den allgemeinen Teilnahmebestimmungen auszugehen. § 48 verlangt Hervorrufung des Tatentschlusses bei dem Täter durch die dort näher bezeichneten Mittel, § 49 Leistung von Hilfe durch Rat oder Tat zu einem Verbrechen oder Vergehen. Anstiftung und Beihilfe nehmen keinerlei Bezug auf das Vorliegen einer persönlichen Eigenschaft oder eines persönlichen Verhältnisses. Tatbestandsmäßig kann also Anstiftung und Beihilfe zum Sonderverbrechen von jedem Außenstehenden begangen werden.

---

234) Vgl. Mezger, Lb. S. 451 Anm. 1.
235) S. 51/52.
236) S. 453 Anm. 3.

Es ist aber weiter die Frage der Rechtswidrigkeit der Teilnahme zu untersuchen. Nur wenn wir die Rechtswidrigkeit bejahen können, vermögen wir den außenstehenden Teilnehmer zu bestrafen. Merkwürdigerweise ist die Frage vom Schrifttum kaum erörtert worden. Nur bei Beling (L. v. Verbrechen S. 424) finden sich einige kurze Bemerkungen. Er führt dort aus, daß die Teilnahme rechtswidrig sei, auch wo eigene Tatbestandsverwirklichung es nicht sein würde. Die Teilnahme trage daher grundsätzlich die Rechtswidrigkeit in sich. In den folgenden Sätzen verläßt er diesen Standpunkt und nimmt an, daß die Rechtswidrigkeit der Haupttat grundsätzlich auf die der Teilnahme hinüberwirke. In diesen kurzen Bemerkungen spiegeln sich die beiden Möglichkeiten für die Begründung der Rechtswidrigkeit.

a) Man kann die Rechtswidrigkeit aus dem Deliktstatbestand, von dem die Teilnahmehandlung im Einzelfall abhängig ist,

b) oder aus den Vorschriften der §§ 48, 49 selbst ableiten.

Nach der unter a) aufgeführten Auffassung ist die Rechtswidrigkeit der Teilnahme von der der Haupttat abhängig. Sie ergibt sich aus dem jeweiligen Tatbestand der Haupttat. Diese Frage ist von der sogenannten Akzessorietät vollkommen unabhängig, da diese nur eine solche der Strafbarkeit, nicht aber der Rechtswidrigkeit ist[237]). Aus den §§ 48 und 49 geht hervor, daß die Strafbarkeit der Teilnahme erst dann in Betracht kommt, wenn eine strafbare Haupthandlung vorliegt. Um das Hinüberwirken der Rechtswidrigkeit der Haupttat untersuchen zu können, ist es zunächst notwendig, sich kurz den Begriff der Rechtswidrigkeit zu vergegenwärtigen.

Rechtswidrig handelt, wer den objektiven Normen des Rechts zuwiderhandelt[238]). Es muß zwischen einer subjektiven und objektiven Rechtswidrigkeitslehre unterschieden werden. Nach der subjektiven Auffassung muß die Rechtswidrigkeit zugleich eine schuldhafte sein. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß Notwehr gegen schuldlose Angreifer nicht zulässig ist[239]). Die objektive Auffassung[240]) verlangt nicht, daß die Rechtswidrigkeit eine schuldhafte ist. Infolgedessen läßt sie die Notwehr gegen schuldlose Angreifer zu. Die subjektive Lehre ist abzulehnen, da man zu der unrichtigen Folgerung gedrängt wird, daß der Schuldunfähige kein Unrecht begehen kann. Man muß sich daher der objektiven Rechtswidrigkeitsauffassung anschließen. Rechtswidrig ist danach das Verhalten, was

---

[237]) Vgl. Mezger, S. 446.

[238]) Vgl. Mezger, Lb. S. 162.

[239]) Vgl. die bei Frank § 53 Anm. I, 2 α Zitierten. Beling bestimmt zwar die Rechtswidrigkeit objektiv, verlangt aber für die Notwehr schuldhaftes Handeln des Angreifers (vergl. Grundz. S. 16).

[240]) Vgl. die bei Frank § 53 Anm. I, 2 β Zitierten.

gegen eine objektive Bewertungsnorm verstößt[241]). Diese wäre, wenn man annimmt, daß die Rechtswidrigkeit der Haupttat auf die Teilnahmebestimmungen hinüberwirke, für die Rechtswidrigkeit der Teilnahme aus dem jeweils durch die Haupttat erfüllten Tatbestand abzuleiten. Die Bewertungsnorm an sich kann aber noch keine Strafbarkeit herbeiführen. Hierzu ist die Verletzung eines weiteren normativen Elementes, der Bestimmungsnorm, erforderlich[242]). Notwendig ist die Annahme einer solchen Bestimmungsnorm wegen der allgemeinen Adressierung der Bewertungsnorm[243]). Die letztere enthält nur ein allgemeines Unrechtsurteil über die betreffende Handlung, die erst strafbar wird, wenn die Bestimmungsnorm, die sich an den einzelnen wendet, ebenfalls verletzt ist. Die Bestimmungsnorm ist aus der Bewertungsnorm abzuleiten[244]), weil die letztere die logische Voraussetzung der ersteren ist. Anstiftung und Beihilfe unterscheiden sich dann aber von den Tatbeständen des besonderen Teils nur durch die Tatbestandsmäßigkeit. Die Hinüberwirkung der Rechtswidrigkeit der Haupttat auf die der Teilnahme ist aber aus folgenden Gründen ausgeschlossen:

Die Bewertungsnorm hängt aufs engste mit dem strafrechtlichen Tatbestand zusammen. Dieser ist ein besonders umschriebenes und mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattetes Unrecht, das außerhalb wie innerhalb des Strafrechts Unrecht ist[245]). Es ist daher nicht jede rechtswidrige Handlung strafbar, sondern nur die, die tatbestandsmäßig ist. Die Bewertungsnorm ist also eine durch den Tatbestand typisierte Norm[246]). Bei den selbständigen Sonderverbrechen ist sie durch das persönliche Verhältnis, das nicht übertragbar ist, bedingt und kann daher nur von dem im Tatbestand näher bezeichneten Subjekt verletzt werden. Ein Außenstehender kann diese besondere Bewertungsnorm deshalb weder als Täter noch als Teilnehmer angreifen. Ebenso verletzt auch der innenstehende Teilnehmer diese Bewertungsnorm nicht, weil er kein Täter ist. Würde man die Bewertungsnorm auf die Teilnahme hinüberwirken lassen, so wäre man gezwungen, dasselbe bei der Bestimmungsnorm zu tun, da die erstere die Voraussetzung für die letztere ist. Ihre Verletzung ist für den Nachweis der Vorwerfbarkeit erforderlich. Vorwerfbar ist eine Handlung nur, wenn sie schuldhaft ist. Schuldhaft aber handelt lediglich, wer zurechnungsfähig ist, die Tat vorsätzlich oder fahrlässig begeht

---

[241]) Vgl. Mezger, Lb. S. 164.
[242]) Vgl. Mezger, Lb. S. 166.
[243]) Vgl. Mezger, Lb. S. 166 Anm. 7.
[244]) Vgl. Mezger, Lb. S. 166; Eb. Schmidt, Lb. 26. Aufl. S. 175.
[245]) So Mezger, Lb. S. 182.
[246]) Vgl. Bruns S. 22.

und keinen Schuldausschließungsgrund für sich in Anspruch nehmen kann. Man käme dann zu dem überraschenden Ergebnis, daß der außenstehende Teilnehmer den Tätervorsatz des betreffenden Sonderdelikts haben müßte. Diese Schlußfolgerung ist aber mit den §§ 48, 49 nicht vereinbar. Zum Vorsatz des Anstifters gehört nur die Kenntnis und das Wollen, daß in einem anderen der Tatentschluß hervorgerufen und der Erfolg durch diesen als vollverantwortlichen Täter herbeigeführt wird, und zum Vorsatz des Gehilfen die Kenntnis, daß er Hilfe leistet und der Wille, die Haupttat zu fördern.

Es bleibt daher nichts anderes übrig, als von der oben unter b) erwähnten Lehre auszugehen. Danach tragen die Teilnahmebestimmungen die Rechtswidrigkeit in sich. Durch die Schaffung der §§ 48, 49 hat das Gesetz jedermann die Teilnahme an strafbaren Handlungen anderer verboten. Die Teilnahmebestimmungen enthalten also eine selbständige Bewertungs- und deshalb auch eine selbständige Bestimmungsnorm. Handelt jemand dieser Bewertungsnorm zuwider, so handelt er rechtswidrig. Aus dieser Bewertungsnorm ist wiederum die Bestimmungsnorm abzuleiten. Die Teilnahmebestimmungen unterscheiden sich also von der Haupttat durch die Tatbestandsmäßigkeit, die Bewertungs- und Bestimmungsnorm[247]). Da die §§ 48, 49 auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse überhaupt nicht Bezug nehmen, bereitet die Teilnahme Außenstehender am selbständigen Amtsdelikt (Sonderdelikt) überhaupt keine Schwierigkeiten.

Das von Munzinger[248]) gegen diese Auffassung vorgebrachte Argument, nach ihr sei die Beihilfe zu Übertretungen nicht rechtswidrig, da sie in § 49 nicht mit Strafe bedroht werde, ist verfehlt. Eine Handlung kann rechtswidrig sein, ohne daß sie strafbar ist, z. B. die fahrlässige Sachbeschädigung. Er läßt bei seiner Beweisführung außer acht, daß der strafrechtliche Tatbestand nur ein mit besonderen Rechtsfolgen umgebenes Unrecht ist. Von der Strafbarkeit hängt die allgemeine Rechtswidrigkeit nicht ab. Die Beihilfe zu Übertretungen ist allgemein verboten. Deshalb ist sie auch rechtswidrig und, falls in ihr ein Angriff liegt, Notwehr gegen sie zulässig.

Das Strafmaß außenstehender Teilnehmer am Sonderverbrechen ist grundsätzlich aus den §§ 48, 49 in Verbindung mit dem jeweiligen Haupttatbestand zu entnehmen. Dies ist herrschende Lehre[249]). Eine entsprechende Anwendung des § 50 kommt nicht in Frage, wird auch von denjenigen Schriftstellern, die die Teilnahme am Sonderver-

---

[247]) Gleicher Ansicht Baumbach v. Kaimberg S. 48 ff., der jedoch vom materiellen Unrechtsgehalt der tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Ausführungshandlung ausgeht; a. A. Fränkel S. 23.

[248]) S. 49.

[249]) Vgl. die bei Mezger, Lb. S. 452 Anm. 2 Zitierten.

brechen mit dem argumentum e contrario aus § 50 begründen, nicht angenommen. Manche Schriftsteller[250]) wollen jedoch den außenstehenden Anstifter nur als Gehilfen bestrafen, weil der § 48 dem Anstifter die gleiche Strafe wie dem Täter androht. Dies sei aber nicht der Sinn des Gesetzes, da die selbständigen Sonderdelikte gerade die Täterschaft auf einen ganz bestimmten Personenkreis beschränken wollen. Die Anhänger dieser Lehre erklären deshalb jede Beteiligung eines Außenstehenden am selbständigen Amtsdelikt (Sonderdelikt) für Beihilfe. Dieser Auffassung ist beizutreten. Sie gleicht die Härten aus, die sich sonst bei der Beteiligung eines innen- und außenstehenden Anstifters am Sonderdelikt ergeben würden.

## 10. Abschnitt.

### Die Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft bei den selbständigen Amtsdelikten.

Von der Wissenschaft und der Rechtssprechung wird der intellektuelle als mittelbarer dem physischen Täter gleichgestellt, wenn er einen anderen, der nicht schuldhaft handelt, zur Ausführung einer strafbaren Handlung als Werkzeug benutzt.

Quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur. Dieser Satz der italienischen Kriminalisten[251]) ist noch heute geltendes Recht[252]). Der Grund für die Einführung des Begriffs der mittelbaren Täterschaft in die Rechtswissenschaft liegt in der extrem-akzessorischen Ausgestaltung der Teilnahmevorschriften durch das Strafgesetzbuch begründet. Durch diese gesetzliche Regelung hat die Strafrechtsdogmatik einen Teil der Aufgaben übernehmen müssen, die eigentlich der gesetzlichen Ausgestaltung der Anstiftung zukommen. Die typischen Fälle der mittelbaren Täterschaft, in denen bei den an einem selbständigen Amtsdelikt Beteiligten das amtliche Verhältnis vorliegt, und nur der Täter nicht schuldhaft handelt, interessieren hier nicht, da sie keine Besonderheiten aufweisen. Liegt aber auch mittelbare Täterschaft in den Fällen vor, wo ein Beamter sich eines Nichtbeamten als Werkzeug zur Ausführung eines selbständigen Verbrechens oder Vergehens im Amte bedient? Dies ist das Problem des sogenannten qualifikationslosen dolosen Werk-

---

250) Mezger, Lb. S. 432, 452 und Binding, Lb. II (2) S. 414.
251) Vgl. Nagler S. 144.
252) Vgl. Mezger, Lb. S. 425.

zeugs. Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß zwar beim Hintermann die Amtsträgereigenschaft und das amtliche Verhältnis vorliegen, beim Werkzeug aber fehlen. Im folgenden Abschnitt soll dieses Problem einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

## 11. Abschnitt.

### Das Problem des sogenannten qualifikationslosen dolosen Werkzeugs bei den selbständigen Amtsdelikten.

### I.

Das Problem des sogenannten qualifikationslosen dolosen Werkzeugs hat seinen Namen nach dem benutzten Verbrechensmittler erhalten. Wir werden aber sehen, daß uns hauptsächlich die strafrechtliche Würdigung des Hintermannes beschäftigen wird. Es ist einhellige Meinung, daß persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, die zum Tatbestand der Sonderdelikte gehören, auf einen Außenstehenden nicht übertragen werden können[253]). Infolgedessen kann das Werkzeug wegen Fehlens des persönlichen Verhältnisses nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig handeln. Eine Bestrafung als Täter kommt daher nicht in Betracht. Wegen Fehlens der Haupttat kann der Hintermann nicht wegen Anstiftung oder Beihilfe bestraft werden. Mit der Feststellung, daß die Mittelsperson bei den selbständigen Sonderdelikten als Täter nicht in Anspruch genommen werden kann, rollt das Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs auf. Dieses unterscheidet sich von dem der mittelbaren Täterschaft dadurch, daß das Werkzeug nicht nur schuldlos, sondern auch nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelt. Es läuft also darauf hinaus nachzuweisen, daß der Hintermann echter Täter ist, und stellt einen Grenzfall zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft dar. Um feststellen zu können, ob der Hintermann echter Täter ist, bedarf es einer Betrachtung der einzelnen Täterschaftsauffassungen. Man unterscheidet subjektive und objektive Täterlehren. Die subjektive wird insbesondere vom Reichsgericht vertreten. Sie soll zunächst Gegenstand unserer Betrachtung sein.

---

[253]) Leipz. Komm. Einl. S. 77; Frank vor § 47 III, 3; Beling, Grundzüge S. 24; Brandt S. 15; Perten S. 136; Flegenheimer S. 46; RGSt. 28, 109; a. M. wohl Graetzer S. 24, der von einem subjektiven Erfordernis zur Täterschaft spricht.

### 1. Die subjektive Täterschaftsauffassung.

Das Reichsgericht geht von der Bedingungstheorie aus und fordert vom Täter und Teilnehmer das Verursachen des vom Tatbestand umschriebenen Erfolges. Die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme trifft es auf Grund eines subjektiven Momentes. Es verlangt nämlich neben der Verursachung des Erfolges für die Täterschaft das Handeln mit animus auctoris und für die Teilnahme das Handeln mit animus socii. Es schränkt also den allgemeinen Verursachungsbegriff durch subjektive Merkmale ein. Die subjektive Theorie behauptet, daß bei mehreren Verursachern, die im Wege des der Bedingungslehre eigenen Grundsatzes des „Sich-nicht-hinwegdenken-lassens" festzustellen seien, hinsichtlich ihrer Anteile an der äußeren Verbrechensursache kein Unterschied vorliege. Die Gleichsetzung aller condiciones sine qua non bedeute ebenfalls eine Gleichsetzung der objektiven Merkmale von Täterschaft und Teilnahme. Die Unterscheidung beider sei auf die innere Tatseite zu verlegen, nämlich lediglich vom Willen des Handelnden abhängig zu machen[254]). Man hat dieser Theorie nachgerühmt, daß es für sie das Problem der mittelbaren Täterschaft und des qualifikationslosen dolosen Werkzeuges überhaupt nicht gebe[255]). Dies trifft jedoch nicht zu[256]). Gerade die unscharfen Begriffe des Wollens der Tat als eigene und des Wollens der Tat als fremde haben das Reichsgericht veranlaßt, beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug diese Begriffe einzuschränken. Der qualifikationslose dolose Mittler kann nach Ansicht des RG. überhaupt nicht mit animus auctoris handeln, da er von der Selbstbegehung ausgeschlossen sei. Er könne deshalb nur den animus socii haben. Dagegen besitze der Hintermann den animus auctoris, da bei ihm die vom Tatbestand geforderte Qualifikation vorhanden sei. Nur dieser könne deshalb als Täter in Betracht kommen. Das RG. stellt also beim qualifikationslosen dolosen Mittler auf den Begriff des Sonderverbrechens ab und benutzt in diesem Falle zur Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme den tatbestandlichen Vorsatz, der scharf von dem animus auctoris und socii zu trennen ist.

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit kann die Lehre des RG. nicht bis ins einzelne widerlegt werden. Es wird auf die Ausführungen bei Frank, Beling, Eb. Schmidt und Max Ernst Mayer verwiesen[257]).

---

[254]) RGSt. 2, 160; 3, 181; 53, 138.

[255]) Vgl. Eberh. Schmidt, 26. Aufl. S. 331 Anm. 7 u. Hegler, RG.-Festschr. Bd. V S. 316.

[256]) Vgl. RGSt. 28, 110; 29, 421.

[257]) Vgl. Frank, Komm. S. 104; Beling, Grundzüge S. 93; Eb. Schmidt S. 335 Anm. 16; Max Ernst Mayer S. 390, 401.

Es sei jedoch an dieser Stelle festgestellt, daß die kausale und die wertende Betrachtung voneinander streng zu trennen sind, da kausale Gleichwertigkeit nicht zugleich juristische Wertgleichheit bedeutet[258]). Die Bedingungstheorie ist nur eine „Arbeitshypothese“[259]), um rein äußerlich alle für das Strafrecht in Betracht kommenden Beteiligten festzustellen. Ob und welche von den so ermittelten Personen Täter oder Teilnehmer sind, kann von der Bedingungstherorie aus nicht entschieden werden. Der vom RG. zur Wertung verwandte animus auctoris oder socii findet im geltenden Recht keine Stütze. Die juristische Wertung der Teilnahme ist ausschließlich nach positivrechtlichen Gesichtspunkten zu vollziehen[260]), da der Teilnahmebegriff „durch und durch ein Produkt des Gesetzes ist“[261]).

Untersuchen wir aber einmal näher, ob es richtig ist, wenn das RG. behauptet, ein qualifikationsloses doloses Werkzeug könne keinen animus auctoris haben. Es folgert, der Hintermann könne die Tat des Mittlers nicht als seine eigene wollen, wenn die Selbstbegehung für ihn durch die Unmöglichkeit der Erfüllung eines wesentlichen Begriffsmerkmals des Tatbestandes ausgeschlossen sei[262]). Wer also wegen Fehlens des amtlichen Verhältnisses nicht den Willen haben kann, ein Amtsdelikt in eigener Person vorzunehmen, der soll auch die Tat nicht als eigene wollen können. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß es sehr wohl möglich ist, daß ein Nichtbeamter den animus auctoris gehabt hat. Er kann beispielsweise an der Fälschung einer amtlichen Urkunde das größte Interesse haben. Dann hat er die Tat als eigene gewollt. Dagegen braucht der Beamte die Tat nicht als eigene gewollt zu haben. Dies ist z. B. der Fall, wenn er den Nichtbeamten nur durch Auslieferung der Urkunde unterstützt. Er kann also die Tat durchaus als fremde gewollt haben. Der Nichtbeamte kann nicht den Willen zur Selbstbegehung haben, da er den Tatbestand eines selbständigen Amtsdelikts nicht erfüllen kann. Dieser Wille fehlt aber auch bei jedem mittelbaren Täter, trotzdem kann er aber die Tat als eigene gewollt haben[263]). Hieraus folgt, daß die Möglichkeit der Selbstbegehung nicht Voraussetzung für das Vorliegen des animus auctoris ist. Vielmehr sind diese beiden Begriffe voneinander unabhängig. Das RG. gibt also beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug die Trennung von Täterschaft und Teilnahme nach animus auctoris und animus socii preis

[258]) Vgl. Mezger, Lb. S. 414, 443.
[259]) Vgl. Wegner S. 106; Mezger, Lb. 412; P. Wolf S. 28.
[260]) Vgl. Mezger, Lb. S. 414.
[261]) So M. E. Mayer, Lb. S. 388.
[262]) RGSt. 29, 421; 28, 110.
[263]) Vgl. Hegler, RG.-Festschrift, Band V S. 318 ff.

und geht in diesem Fall vom tatbestandsbezogenen Vorsatz aus, der scharf von dem Wollen der Tat als eigene oder fremde zu scheiden ist[264]). Das RG. erkennt auch in einer neueren Entscheidung an, daß der Qualifikationslose die Tat als eigene gewollt haben kann, daß aber wegen Fehlens der objektiven Qualität Täterschaft ausgeschlossen sei[265]). Damit wird aber der Gedanke der subjektiven Teilnahmelehre in diesem Punkte aufgegeben.

Die Lehre des RG. führt also keineswegs zu einer glatten Lösung des Problems des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs, wie dies oft behauptet wird[266]).

### 2. Die objektiven Lehren.

#### a) Die extensive Täterlehre[267]).

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre, die als Täter nur denjenigen anerkennt, der eine tatbestandsmäßige Ausführungshandlung setzt, läßt Eb. Schmidt[268]) jede tatbestandsmäßige Interessen-(Rechtsguts-)Verletzung und Mezger[269]) jede tatbestandsmäßige Erfolgsverursachung genügen. Dieser Täterbegriff wird nur durch die Teilnahmebestimmungen eingeschränkt, da die Handlung der §§ 48, 49 vom geltenden Strafrecht nicht als Täterhandlungen gewertet werden. Die Teilnahmebestimmungen stellen also nach der extensiven Lehre Ausnahmen vom allgemeinen Täterbegriff dar. Im übrigen soll aber jede tatbestandsmäßige Erfolgsverursachung Täterschaft begründen.

Für diese Lehre, die den Täterbegriff blutleer macht und zum Veranlasserbegriff[270]) stempelt, kann das Problem der mittelbaren Täterschaft überhaupt nicht auftauchen. Das Setzen einer tatbestandsmäßigen Ursache genügt, um den Handelnden zum Täter zu machen. Der mittelbare Täter verursacht den Erfolg und ist deshalb als unmittelbarer (echter Täter) zu bestrafen. Infolgedessen bereitet auch das Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs keine Schwierigkeiten. Der Hintermann (Beamte) verursacht den Erfolg auf tatbestandsmäßigem Wege und ist deshalb echter Täter. Die Schwierig-

---

264) Dies tut das RG. jedoch nicht; vgl. RGSt. 24, 87; 44, 71; 62, 390.
265) Vgl. RGSt. 59, 81.
266) So Eb. Schmidt, Lb. 26. Aufl. 328 Anm. 3; Hübner S. 18.
267) Vgl. Mezger, Lb. § 58 u. 60; Eb. Schmidt, Frank-Festgabe II S. 106 ff., Lb. § 48; Brandt S. 10, 29; Winter S. 11—13.
268) Vgl. Eb. Schmidt, Frank-Festgabe, Bd. II S. 106 ff., insbesondere S. 117, Lb. S. 326.
269) Vgl. Mezger, Lb. § 58 und 60.
270) Vgl. Erik Wolf, Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, S. 36.

keiten, die die übrigen objektiven Lehren bei der mittelbaren Täterschaft haben, treten beim extensiven Täterbegriff gar nicht in Erscheinung. Für die anderen objektiven Theorien bedeutet die mittelbare Täterschaft schon eine Hilfskonstruktion für die Fälle, in denen das Werkzeug tatbestandsmäßig-rechtswidrig, aber nicht schuldhaft handelt. Sie geraten beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug in große Verlegenheit, weil sie nachweisen müssen, daß das Werkzeug eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Ausführungshandlung vornimmt. Wir müssen also feststellen, daß es für die extensive Lehre das Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs nicht gibt[271]).

Die extensive Täterschaftsauffassung führt aber zu Folgerungen, die dem Gesetz zuwiderlaufen. Nach ihr müssen fahrlässige Anstiftung und Beihilfe zu Übertretungen bestraft werden, trotzdem vom Gesetz die entgegengesetzte Regelung getroffen worden ist[272]). Mezger versucht, die Bestrafung der Beihilfe zu Übertretungen dadurch zu umgehen, daß er für eine berichtigende Auslegung eintritt. Wo die Förderung die besonderen Merkmale des § 48 aufweise, gehe sinngemäß diese Bestimmung derjenigen des § 49 vor[273]). Diese Beweisführung vermag aber nicht zu überzeugen, da sie etwas ganz Selbstverständliches zum Ausdruck bringt.

Ferner führt die Bedingungstheorie, von der die Anhänger der extensiven Lehre ausgehen, zur vollkommenen Beseitigung des Tatbestandes und zur Erweiterung der Täterschaft. Es erscheint auch derjenige als Täter, der nicht den tatbestandsmäßigen, sondern einen weiter zurückliegenden Erfolg, der aber Bedingung für den tatbestandsmäßigen ist, verursacht hat. Mezger entgeht dieser Schwierigkeit, indem er seine Zuflucht zur Lehre von der adäquaten Verursachung nimmt. Es zeigt sich ganz deutlich das Ringen mit dem Schlüsselbegriff der Täterschaft, der Tatbestandsmäßigkeit, die auch von Mezger, trotzdem er ihr durch die Adäquanztheorie gewisse Zugeständnisse macht, nicht überwunden wird. Außerdem muß befremdend wirken, daß er sich bei der Scheidung der Beihilfe von der Mittäterschaft auf die Vornahme einer Tatbestandshandlung, einer Ausführungshandlung, beruft[274]). Einen Grund dafür, daß teils die adäquate Verursachung genügt, teils eine Ausführungshandlung

---

[271]) Vgl. Mezger, Lb. S. 432. Er erwähnt zwar den Fall des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs besonders, mißt aber dieser Erwähnung nur Beispielcharakter zu (vgl. Lb. S. 426).

[272]) Vgl. Grünhut, J.W. 1932 S. 366.

[273]) Vgl. Mezger, Lb. S. 439.

[274]) Vgl. Mezger, Lb. S. 444. Interessant ist, daß er auf S. 421 die gemeinschaftliche Erfolgsverursachung genügen läßt.

(bei der Mittäterschaft) vorliegen muß, ist nicht einzusehen. Es zeigt sich, daß Mezger zwei Täterschaftsbegriffe verwendet. Bei der Mittäterschaft verläßt er die extensive Lehre, trotzdem er nur die Anstiftung und Beihilfe als besondere Erscheinungsformen der Verbrechensverursachung von dem allgemeinen Täterbegriff ausnehmen will. Die restriktive Lehre verlangt vom Täter die Vornahme einer Ausführungshandlung und vom Anstifter und Gehilfen die Beteiligung daran. Für die Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe stimmt Mezger mit dieser Lehre überein[275]). Ungeklärt bleibt, weshalb beim Einzeltäter eine Ausführungshandlung nicht notwendig ist, sondern ein adäquates Verursachen des Tatbestandes genügen soll.

Die extensive Lehre steht, wie wir gesehen haben, mit dem positiven Recht nicht im Einklang. Sie geht von zwei verschiedenen Täterbegriffen aus und kann nicht erklären, weshalb jede Erfolgsverursachung im Strafrecht Tatbestandserfüllung sein soll. Aus diesem Grunde ist sie abzulehnen.

b) Die Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges.

Diese Lehre geht davon aus, daß ohne die Bestimmungen der §§ 48, 49 der Anstifter und Gehilfe Täter wären[276]). Sie folgert dies aus der Gleichwertigkeit aller Bedingungen, geht also auch von dem allgemeinen Verursachungsbegriff aus. Um dieser Folgerung auszuweichen, habe der Gesetzgeber die §§ 48, 49 geschaffen und das Platzgreifen der Teilnahmebestimmungen von dem Vorliegen einer Haupttat abhängig gemacht. Er betrachte sonach ausschließlich den dem Erfolg am nächsten Stehenden als den Täter, den Entfernteren dagegen nur als in seiner Strafbarkeit vom Haupttäter abhängigen Teilnehmer. Durch das freie und bewußte Handeln des Angestifteten werde daher der Ursachenzusammenhang unterbrochen.

Schon v. Kries[277]) hat auf den Fehler dieser Lehre hingewiesen, nämlich daß sie das Problem der kriminellen Haftbarkeit in dem Begriff der Ursache zusammenfassen wolle. Die Lehre vom Ursachenzusammenhang ist nur ein vorjuristisches Erkenntnismittel, mit dessen Hilfe vorerst alle für das Strafrecht in Betracht kommenden Personen festgestellt werden können. Wie die Handlungen der Beteiligten vom Gesetzgeber gewertet werden, ist eine andere Frage. Durch

---

[275]) Vgl. Mezger, Lb. S. 433 (Anstiftung sei intellektuelle Urheberschaft, werde aber vom Gesetz als Teilnahme an der Haupttat gewertet) und S. 444 (für die Beihilfe sei grundsätzlich die formell-objektive Lehre richtig).

[276]) Vgl. Liszt, Lb. 21. u. 22. Aufl. S. 122.

[277]) v. Kries, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. 12 (1888) S. 211.

die Lehre von der adäquaten, wirksamsten und überwiegendsten Bedingung hat man das gleiche zu erreichen versucht, nämlich die vom Gesetzgeber getroffene Wertung auf vorjuristischem Gebiet festzulegen.

Die Lehre von der Unterbrechung des Ursachenzusammenhanges setzt sich über die dem Strafrecht eigentümliche Tatbestandsmäßigkeit hinweg, nach welcher der Gesetzgeber eine Handlung als Täterschaft oder Teilnahme wertet. Nur durch die Tatbestände wird bestimmt, welcher Teil der Kausalreihe der strafrechtlichen Wertung unterliegt. Diese Lehre geht also von vorjuristischen Erwägungen aus und behauptet, daß diese für die Schaffung der Teilnahmevorschriften maßgebend gewesen seien. Der Gesetzgeber ist aber bei der Aufnahme der Teilnahmevorschriften in das Gesetz von der qualitativen Verschiedenheit der Haupttat gegenüber der Anstifter- und Gehilfenhandlung ausgegangen. Im übrigen hat diese Lehre viel Ähnlichkeit mit der extensiven Täterschaftsauffassung. Sie kann die Teilnahmevorschriften ebenfalls nur als Strafeinschränkungsgründe betrachten.

Auch sie kann das Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs nicht lösen. Nach Hübner[278]), der diese Lehre für das qualifikationslose dolose Werkzeug folgerichtig durchgeführt hat, ist der Mittler nicht Täter, weil er nur mit dem schlichten Vorsatz und nicht mit dem Sonderdeliktsvorsatz handelt. Durch das vorsätzliche Dazwischentreten werde die Kausalität des Hintermanns für den Erfolg vom Gesetz zur Begründung der Täterschaft als ungeeignet betrachtet. Der Hintermann sei deshalb ebenfalls nicht Täter des Sonderverbrechens[279]). Die Lehre von der Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs muß daher, wenn sie folgerichtig durchgeführt wird, zu dem Schluß kommen, daß es ein doloses Werkzeug im geltenden Strafrecht nicht geben kann[280]).

### c) Die Lehre vom Regreßverbot.

Diese Täterlehre wird von Frank vertreten[281]). Er geht davon aus, daß die Bedingungen in einem bestimmten Punkte der Kausalreihe sich in Ursachen verwandeln und dann Täterschaft begründen.

---

[278]) Vgl. S. 36.
[279]) Vgl. Hübner S. 67.
[280]) Vgl. Hübner § 20; gleicher Ansicht Gerland, S. 119; Wachenfeld, Lb. S. 197/98 und ZStW. Band 40 S. 148. Wachenfeld will das qualifikationslose dolose Werkzeug und den Hintermann als Mittäter behandeln, das Werkzeug aber nur wegen Beihilfe bestrafen (vgl. ZStW. 40 S. 332 ff.).
[281]) Vgl. Frank, Komm. S. 14.

Keine „Ursachen" seien die „Vorbedingungen" einer Bedingung, die frei und bewußt (vorsätzlich und schuldhaft) auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtet seien. Diese seien keine taugliche Grundlage für die Annahme täterschaftlichen Verhaltens, weil die §§ 48, 49 gegenüber den aus der Bedingungstheorie sich ergebenden Folgerungen ein „Regreßverbot" enthielten und die deshalb nicht als Täterschaft, sondern als Teilnahme zu werten seien. Unter Zugrundelegung der §§ 48, 49 bestimmt er daher den Begriff der Täterschaft als physisch vermittelte, den der Teilnahme als psychisch vermittelte Kausalität[282]). Frank führt diese Lehre aber nicht folgerichtig durch. Er nimmt nicht in allen Fällen beim Vorliegen einer Ursache Täterschaft an. „Ist die Tatbestandshandlung eine Erfolgshandlung, so gehöre zur Täterschaft mindestens ein derartiges Setzen einer Ursache zum Erfolg, daß ... ein Anfang der Ausführung anzunehmen sei"[283]). Im übrigen bezeichnet er als wesentliches Merkmal der Beihilfe den Mangel des Ausführens[284]).

Es ist also letzten Endes die Ausführungshandlung, die der Unterscheidung von physisch und psychisch vermittelter Kausalität ihren Inhalt gibt[285]). Wieweit aber die physisch und psychisch vermittelte Kausalität für die Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, entscheidend ist, hängt von dem jeweiligen Tatbestand ab.

Das Regreßverbot soll nun aber für die mittelbare Täterschaft keine Geltung haben[286]). Für sie soll also das allgemeine Kausalitätsprinzip bestehen bleiben. Trotz der Geltung des allgemeinen Kausalitätsprinzipes bei der mittelbaren Täterschaft muß Frank beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug zugeben, daß die größte logische Schwierigkeit entsteht[287]). Er beruft sich auf die Lösungsversuche von Eb. Schmidt[288]) und Wegner[289]), nämlich daß ein Nichtbeamter den vollen Deliktsvorsatz nicht haben könne. Er kann also nicht umhin, dem unfreien, der Kausalität seines Tuns sich nicht bewußten Willen denjenigen gleichzustellen, der vom Standpunkt des geltenden Rechts nicht als Vorsatz gewertet werden darf[290]). Anderenfalls müßte er für den unmittelbar Tätigwerdenden, da er sich der Kausalität seines Handelns bewußt war, Teilnahme annehmen, die aber

---

282) Vgl. Frank, Komm. S. 14.
283) Vgl. Frank, Komm. 113.
284) Vgl. Frank, Komm. 114.
285) Vgl. Eb. Schmidt, Frank-Festgabe II S. 111 ff.
286) Frank, Komm. S. 15, 106.
287) Frank, Komm. S. 108.
288) Vgl. Eb. Schmidt S. 331.
289) Vgl. Wegner, Reform S. 115.
290) Vgl. Zimmerl, L. v. T., S. 111/112.

straflos sein würde, da das geltende Recht die streng-akzessorische Form der Teilnahme verlangt.

Folgerichtig durchgeführt, müßte diese Lehre ebenfalls zur Straflosigkeit des Werkzeugs und des Hintermannes führen. Als mittelbarer Täter kann der Hintermann nicht bestraft werden, da das dolose Werkzeug keine tatbestandsmäßige Ausführungshandlung setzt. Eine Bestrafung des Hintermannes als echter Täter ist ausgeschlossen, da das Werkzeug vorsätzlich und schuldhaft handelt, mithin ein Fall des Regreßverbots vorliegt. Es fehlt daher beim Hintermann die Haupttat, so daß auch das dolose Werkzeug nicht als Teilnehmer bestraft werden kann. In der 17. Auflage seines Kommentars hat Frank auch folgerichtig die Straflosigkeit des Werkzeugs und des Hintermanns vertreten[291]). Da er für die Erfolgsdelikte auf die Ausführungshandlung abstellt und für die Gehilfenhandlung den Mangel des Ausführens als kennzeichnendes Merkmal anführt, kommt er der restriktiven Täterschaftsauffassung sehr nahe.

### d) Die restriktive Täterschaftsauffassung.

Beling[292]), der diese Lehre begründet hat, geht vom einzelnen Gesetzestatbestand aus. Täter ist, wer eine Ausführungshandlung setzt. Wann eine solche vorliegt, bemißt er nach dem sogenannten Tatbestandskern, d. h. nach dem dem jeweiligen Paragraphen charakteristischen Zeitwort (z. B. töten in § 211). Es ist nicht zu leugnen, daß diese Lehre einen richtigen Grundgedanken enthält. Sie gibt aber für die Entscheidung zweifelhafter Fälle keine sichere Grundlage ab, weil Beling den Tatbestandskern nach dem Lebenssprachgebrauch ausfüllt. Er mißt damit dem unjuristischen Sprachgebrauch eine zu weitgehende Bedeutung bei, zumal dieser nicht einheitlich ist. Er kann immer nur ein wertvoller Wegweiser[293]), ein Indiz für strafrechtliche Begriffe, sein. Bei der Abgrenzung der Täter- von der Teilnahmehandlung geht er davon aus, daß der Lebenssprachgebrauch zwischen den kausalgleichwertigen Bedingungen des Erfolgs unterscheide, je nachdem die Tätigkeit zentral oder peripherisch zum Tatbestandskern gelegen sei. Außerhalb des tatbestandlichen Vorstellungsbildes, also peripherisch, lägen die Vorbereitungshandlungen. Diese seien daher nur Teilnahmehandlungen. Die Abgrenzung der Anstiftung von der mittelbaren Täterschaft ergibt sich nach Beling aus der Feststellung, daß man vom Anstifter nicht sagen

---

[291]) Vgl. S. 105.

[292]) Grundzüge, 9. Aufl. S. 25 ff., Lehre vom Verbrechen, S. 245 ff.; vgl. zur Lehre Belings auch Tarnowski S. 73—76.

[293]) Vgl. Perten S. 11 und die Beispiele bei Bruns S. 50.

könne, er habe getötet, weggenommen usw., während dies sowohl beim unmittelbaren als auch beim mittelbaren Täter zutreffe[294]). Diese Beweisführung ist jedoch nicht überzeugend. Der Lebenssprachgebrauch beurteilt das Verhalten des mittelbaren Täters und Anstifters gleich. Beide haben nicht unmittelbar im Sinne des von dem betreffenden Tatbestand verlangten Tätigkeitswortes ausgeführt. Der Anstifter kann von diesem Standpunkt aus ebenfalls als Täter angesehen werden.

Die mittelbare Täterschaft hebt die restriktive Lehre aus den Angeln; außerdem gerät sie bei der Figur des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs in die größten Schwierigkeiten. Beling lehnt die Strafbarkeit dieser Fälle mit der Begründung ab, daß sie gesetzwidrig sei und den § 48 beseitige[295]).

### 3. Konstruktionen zur Lösung des Problems des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs[296]).

a) Nachdem Beling behauptet hatte, daß nach der restriktiven Lehre die Bestrafung des qualifikationslosen dolosen Werkzeuges gesetzwidrig sei, haben andere Schriftsteller es unternommen, die Strafbarkeit des Hintermannes zu begründen. Sie alle betrachten den Hintermann als mittelbaren Täter. An erster Stelle sind hier diejenigen zu nennen, die den Fall des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs den typischen Fällen der mittelbaren Täterschaft angleichen und das qualifikationslose dolose Werkzeug dem nicht vorsätzlich handelnden gleichstellen[297]). Dem kann nicht beigetreten werden. Der dolose Mittler handelt im Gegensatz zum gewöhnlichen Werkzeug nicht tatbestandlich-rechtswidrig, da ihm die besondere Qualifikation fehlt. Es liegt daher beim dolosen Werkzeug überhaupt keine Ausführungshandlung vor, die sonst beim schuldlos handelnden Mittler vorhanden ist. Das Fehlen der Ausführungshandlung ist für die restriktive Lehre das entscheidende Hindernis, den Hintermann als mittelbaren Täter zu bestrafen. Dagegen sind beide Fälle hinsichtlich des Vorsatzes gleichgelagert. Das dolose Werkzeug kann, weil es aus rechtlichen Gründen unfähig ist, die strafbare Handlung selbst zu begehen, auch nicht den tatbestandlichen Vor-

---

[294]) Vgl. Beling, Grundzüge S. 92.
[295]) Vgl. Beling, Grundzüge S. 94.
[296]) Vgl. hierzu Frank, Komm. S. 108.
[297]) So Wegner, Reform S. 115; Frank, Komm. S. 108; M. E. Mayer, Lb. S. 379; Eb. Schmidt, Lb. 26. Aufl. S. 330 ff. u. Frank-Festgabe II S. 126 mit einem unnötigen Umweg über die Schuld (vgl. hierzu Mezger, Lb. S. 432 Anm. 18); Nagler S. 69/70, insbesondere S. 70 Anm. 1.

satz haben. Es ist daher unrichtig, wenn Hegler[298]) behauptet, daß beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug nicht der Vorsatz, sondern nur eine entscheidende Rechtswidrigkeitsvoraussetzung fehle. Es handelt sich also keineswegs um eine gewaltsame Umdeutung von Rechtswidrigkeitsmomenten in Vorsatzmomente[299]). Wir müssen aber diese Konstruktion ablehnen. Der Hintermann ist kein mittelbarer Täter, da das Werkzeug nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig handelt.

b) Einen anderen Lösungsversuch von der restriktiven Lehre aus hat Hegler[300]) gemacht. Er behandelt den Hintermann des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs ebenfalls als mittelbaren Täter. Die Rechtfertigung der mittelbaren Täterschaft ergibt sich nach ihm aus dem Übergewicht der beim Hintermann vorliegenden Schuld- und Rechtswidrigkeitsmomente. Das Übergewicht im Sinne der Kausalbetrachtung erscheine deshalb überkompensiert durch das Übergewicht im Sinne einer andere Verbrechensmomente ins Auge fassenden Betrachtungsweise. Deshalb erscheine der Hintermann als Haupttäter[301]).

Gegen diese Lehre ist zu erinnern, daß sie von zwei verschiedenen Täterbegriffen ausgeht. Sie verlangt vom echten Täter die Vornahme einer Ausführungshandlung. Beim mittelbaren Täter soll an die Stelle der Ausführungshandlung das Übergewicht von Schuld- und Rechtswidrigkeitsmomenten treten. Weshalb aber die Ausführungshandlung beim mittelbaren Täter nicht vorhanden zu sein braucht, sagt Hegler nicht. Eb. Schmidt[302]) hat daher Recht, wenn er positiv-rechtlich die Übergewichtstheorie nur als stichhaltig gelten lassen will, wenn zuvor dargetan wird, daß das objektive Ausführen nicht den juristisch maßgeblichen Grund für die Täterschaft abgibt. Die Übergewichtstheorie zeigt eine starke Ähnlichkeit mit der von uns abgelehnten extensiven Täterschaftsauffassung. Sie gibt bei der mittelbaren Täterschaft die Verbindung mit den Tatbeständen auf und läßt das Übergewicht an Schuld- und Rechtswidrigkeitsmomenten für die Täterschaft genügen.

c) Flegenheimer[303]) glaubt, die Rechtfertigung und die Grundlage des Unterschieds der Anstiftung von der mittelbaren Täterschaft in einem bei dem mittelbaren Täter gegenüber dem Anstifter gestei-

---

[298]) Vgl. RG.-Festschrift, Bd. V S. 312.
[299]) Vgl. Hegler, RG.-Festschrift, Bd. V S. 312 Anm. 26.
[300]) RG.-Festschrift, Bd. V S. 305 ff. Siehe dort auch die Ausführungen über die positiven und negativen Begründungsversuche der mittelbaren Täterschaft.
[301]) Vgl. Hegler, RG.-Festschrift, Bd. V S. 306/07.
[302]) Eb. Schmidt, Frank-Festgabe, Bd. II S. 121.
[303]) Vgl. S. 42 ff.

gerten Zustand der Gefahr erblicken zu können. Das Werkzeug des mittelbaren Täters stürze sich „gleich einem Tier, gleich der entfesselten Natur auf das Verbrechensobjekt, der Vernunft bar, von Mitleid entkleidet, ethischen Gegenmotiven unzugänglich und unfähig, die einmal entfesselten Leidenschaften zu zügeln und einzudämmen“[304]). Ganz anders sei die Lage beim Anstifter. Dem Anstifter stehe der Angestiftete als völlig zurechnungsfähiger Mensch gegenüber. „Die Hoffnung, daß der zum Schlage bereits erhobene Arm zurückgezogen werde, wird uns einem zurechnungsfähigen, vorsätzlich Handelnden gegenüber nicht völlig verlassen“[305]).

Mit Recht ist gegen diese Konstruktion eingewendet worden, daß sie längst nicht für alle Fälle der mittelbaren Täterschaft zutreffe[306]). Besonders das sich irrende oder unter Zwang handelnde Werkzeug wird in manchen Fällen seinen Irrtum einsehen oder das angedrohte Übel ertragen und den bereits erhobenen Arm wieder sinken lassen. Wir können deshalb auch den Grund der besonderen Gefährlichkeit des mittelbaren Täters gegenüber dem Anstifter nicht anerkennen. Außerdem trifft die Argumentation Flegenheimers auch beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug nicht zu. Er will deshalb vielfach die Bestrafung des Hintermannes im Wege der schuldhaften Unterlassung erreichen[307]).

d) Engelsing[308]) argumentiert, daß die Ausführungshandlung bei den eigenhändigen Delikten mit dem Tatbestand enger zusammenhänge als bei den Erfolgsdelikten. Die selbstgesetzte Ausführungshandlung sei daher nur bei den eigenhändigen Delikten erforderlich. Deshalb genüge für die Erfolgsdelikte die bloße Verursachung. Diese Auffassung entspricht der extensiven Täterlehre und führt zu einer glatten Lösung des Problems des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs. Sie steht aber mit dem Gesetz im Widerspruch, da dieses eine Trennung, wie sie Engelsing vornimmt, nicht kennt und für die Erfolgsdelikte eben nicht auf die Verursachung, sondern auf die Ausführung der Tatbestandshandlung abstellt.

e) In diesem Zusammenhang ist auch Paul Wolf[309]) zu nennen. Er geht davon aus, daß mittelbare Täterschaft in allen Fällen vorliege, in denen das Werkzeug sittlich weniger schuldhaft erscheine als der Hintermann. Von diesem Standpunkt aus bereitet die Straf-

---

304) Vgl. S. 42/43.
305) Vgl. Flegenheimer S. 43.
306) Vgl. Ackermann S. 47; Paul Wolf S. 74.
307) Vgl. Flegenheimer S. 68; dagegen Paul Wolf S. 77.
308) Vgl. S. 42, 44.
309) Vgl. Paul Wolf S. 52.

barkeit des Hintermannes beim dolosen Werkzeug keine Schwierigkeiten, da jede tatbestandliche Grenze in Fortfall kommt.

## II.

Stellungnahme zum Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs.

Von der Wissenschaft wird immer nachhaltiger zur Beseitigung der Hilfskonstruktion der mittelbaren Täterschaft die minimal-akzessorische Ausgestaltung der Teilnahmebestimmungen verlangt[310]). Nach dieser Auffassung genügt für die Anwendung der §§ 48, 49 das Vorliegen einer tatbestandsmäßigen Haupthandlung. Eine solche Ausgestaltung der Teilnahmebestimmungen würde insoweit eine Änderung bringen, als für die Haupttat das Vorliegen der Rechtswidrigkeit und Schuld nicht erforderlich wäre. Hat der Haupttäter einen Tatbestand verwirklicht, so kann der Teilnehmer wegen Anstiftung oder Beihilfe bestraft werden. Damit würden aber nur die typischen Fälle der mittelbaren Täterschaft beseitigt werden. Das Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs würde durch eine solche Regelung sein Ende noch nicht finden, da bei ihm überhaupt die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung fehlt[311]).

Wir haben gesehen, daß die extensive Täterschaftsauffassung das Problem des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs lösen kann, mußten jedoch diese Lehre ablehnen, da sie mit dem geltenden Recht nicht im Einklang steht. Auch die subjektive Täterlehre gerät in Schwierigkeiten. Dies hängt damit zusammen, daß das RG. teils den tatbestandsbezogenen Vorsatz, teils den davon zu trennenden animus auctoris für die Täterschaft verlangt. Es setzt sich vollkommen über den gesetzlichen Tatbestand hinweg.

Es bleibt daher nichts anderes übrig, als bei der Lösung des Problems von der restriktiven Lehre auszugehen. Die Schwierigkeiten, in die diese beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug gerät, hängen damit zusammen, daß dieses sich nicht unter die üblichen Fälle der mittelbaren Täterschaft bringen läßt. Das dolose Werkzeug handelt nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig, während dies beim gewöhnlichen Werkzeug der Fall ist. Deshalb kann die restriktive Täterschaftsauffassung auch die Handlung des dolosen Mittlers

[310]) Siehe die einzelnen Abwandlungen bei M. E. Mayer, Lb. S. 391.
[311]) Es ist somit unrichtig, wenn Grünhut, JW. 1932 S. 366/67 behauptet, daß alle Fälle der mittelbaren Täterschaft durch die begrenzt akzessorische Ausgestaltung in Fortfall kommen. Dies trifft gerade nicht für das qualifikationslose dolose Werkzeug zu. Gleicher Ansicht wie Grünhut ist Bruns S. 61 ff.

nicht als Ausführungshandlung für den veranlassenden Hintermann benutzen. Aus diesem Grunde kann hier von einem Fall der mittelbaren Täterschaft überhaupt nicht die Rede sein.

Wir können daher zu einer Lösung des Problems nur gelangen, wenn es uns gelingt, die unmittelbare Täterschaft des Hintermannes nachzuweisen. Dazu ist erforderlich, daß wir die selbstgesetzte Ausführungshandlung nicht als kennzeichnendes Merkmal der Täterschaft ansehen, im übrigen aber die Tatbestandsmäßigkeit scharf beachten. Die restriktive Täterschaftsauffassung benutzt als kennzeichnendes Merkmal für den Täter die tatbestandsmäßige Ausführungshandlung und sieht sich daher beim mittelbaren Täter zu einer Hilfskonstruktion genötigt, weil dieser eine Ausführungshandlung nicht vornimmt. Sie arbeitet also mit zwei verschiedenen Täterbegriffen. Will man diesen Zwiespalt überwinden, so muß man auf das beim unmittelbaren und mittelbaren Täter vorliegende gemeinsame innere Merkmal des Vorsatzes abstellen und darauf den Täterbegriff aufbauen. Traditionsgemäß berücksichtigt man innere Momente erst bei der Schuld. Hiervon werden aber schon beim Handlungsbegriff in einigen Fällen Ausnahmen gemacht.

Handlung als aktives Tun fordert als Grundlage ein Wollen des Handelnden. Wollen bezeichnet den einzelnen Willensakt — nicht das Willensvermögen — also einen inneren, seelischen Akt, durch den sich der Handelnde selbst als Ursache für die Verwirklichung eines von ihm vorgestellten Erfolges setzt[312]). Durch den Handlungsbegriff scheiden von vornherein zwei Gruppen von „Handlungen" aus dem Gebiet der strafrechtlichen Verantwortung aus, nämlich die Reflexbewegungen und die Bewegungen, die unter dem Einfluß unwiderstehlicher Gewalt (vis absoluta) zustande gekommen sind, weil das Erfordernis des Wollens fehlt. Man berücksichtigt also den fehlenden Willensakt in diesen Fällen schon bei der Tatbestandsmäßigkeit einer „Handlung". Dagegen verweist man die Frage, ob und inwieweit die Wirkung des Wollens Inhalt des Wollens gewesen ist, also insbesondere den Vorsatz und die Fahrlässigkeit, in die Schuldlehre[313]).

Es fragt sich aber sehr, ob an dieser Zuteilung festzuhalten ist, und ob wir den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit nicht schon bei der Frage der Tatbestandsmäßigkeit berücksichtigen müssen. Es gibt nämlich Handlungen, die zweifellos tatbestandsmäßig-rechtswidrig sind, bei denen es jedoch ungewiß ist, unter welchen Tatbestand sie fallen und deren Subsumierung unter den einen oder anderen Tatbestand nur auf Grund dessen, was der Täter gewollt hat, vorgenommen

---

[312]) Vgl. Mezger, Lb. S. 105/106; Eb. Schmidt, Lb. S. 153 ff.
[313]) Vgl. Mezger, Lb. S. 109; Beling, Grundzüge S. 20/21.

werden kann. Zimmerl nennt sie Handlungen von unbestimmter Tatbestandsmäßigkeit[314]). Gehen wir mit Zimmerl von einem Beispiel aus:

A. schießt und in der Schußrichtung befindet sich ein Mensch mit einem Hund. Durch den Schuß wird der Mensch getötet.

A. wollte nur den Hund töten. A. hat schießen wollen. Es liegt also eine Handlung vor. Er hat einen Menschen getötet, hat also tatbestandsmäßig nach § 211 eine Ausführungshandlung gesetzt. Alle objektiven Theorien sind in diesem Falle gezwungen, diesen Mann zunächst einmal als Täter des Mordes anzusehen. Bei der Prüfung des inneren Tatbestands ergibt sich jedoch, daß er nicht den tatbestandsmäßigen Vorsatz des § 211 gehabt hat. Er hat keinen Menschen, sondern den Hund töten wollen. Weil der Betreffende im vorliegenden Falle den Tötungsvorsatz des § 211 überhaupt nicht gehabt hat, ist er auch nicht als Täter nach dieser Bestimmung zu bestrafen. Es zeigt sich also, daß die objektive Ausführungshandlung allein noch nicht darüber entscheidet, ob jemand Täter ist oder nicht. Entscheidend kommt es vielmehr auf den Vorsatz an, nämlich ob der Betreffende einen Menschen hat töten wollen. Fehlt es daran, so liegt eben keine Täterhandlung im Sinne des betreffenden Tatbestandes vor. Daher ist der Satz der restriktiven Lehre, daß der Täter ist, der eine Ausführungshandlung setzt, nicht richtig. Denn trotz Vorliegens einer Ausführungshandlung braucht der Betreffende nicht Täter zu sein, nämlich wenn ihm der tatbestandsmäßige Vorsatz fehlt. Die Determinierung solcher Handlungen von unbestimmter Tatbestandsmäßigkeit erfolgt also lediglich nach dem Verschulden des Täters[315]). Zimmerl[316]) betrachtet die subjektive Einstellung nicht als Unrechtselement, sondern lediglich als ein Beweismittel, auf das verzichtet werden kann, wenn sich schon aus den Umständen ergibt, auf welchen Tatbestand die Handlung abzielt. Er kann jedoch nicht umhin, die Schuld als sekundäres Unrechtselement anzuerkennen, weil die schuldhafte Tat eine größere Sozialschädlichkeit aufweise als die schuldlose. Das Vertrauen auf die Rechtssicherheit werde durch die Tat eines Schuldlosen nicht beeinträchtigt, wohl aber durch die Tat eines schuldhaft Handelnden[317]).

Wir sehen, daß der Vorsatz und die Fahrlässigkeit von ausschlaggebender Bedeutung für die Frage der Täterschaft sind. Das Verschulden wird aber von allen Täterschaftsauffassungen erst beim inneren Tatbestand berücksichtigt. Nach dem gegenwärtigen Stand

---

[314]) Vgl. Zimmerl, Z. L. v. T., S. 16.
[315]) Vgl. Zimmerl, L. v. T., S. 18.
[316]) Vgl. Zimmerl, L. v. T., S. 16.
[317]) Vgl. Zimmerl, L. v. T., S. 50.

der Strafrechtswissenschaft verläßt man jedoch schon in einzelnen Fällen diese Einteilung und berücksichtigt täterpsychologische Momente schon beim Tatbestand. So verfahren die Anhänger der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen[318]). Diese Lehre besagt folgendes: „Unrecht ist objektiver Widerstreit wider die Norm des Rechts. Die subjektiven seelischen Beziehungen des Unrechtstäters zu dem von ihm begangenen Unrecht, das Wissen um die Rechtsverletzung und ihre tatsächlichen Grundlagen, die Absicht, dem Rechte entgegenzuhandeln, ist bedeutsam erst für die persönliche Zurechnung des Unrechts, also für die Lehre von der Schuld. So sei es wenigsten in der Regel. Aber es wäre verkehrt, an diesem Satz ausnahmslos festhalten zu wollen, also alles Objektive zum Unrecht und alles Subjektive zur Schuld zu rechnen, jenes nur objektiv und diese nur subjektiv zu bestimmen"[319]). Äußerlich gleiches Tun könne das eine Mal Recht, das andere Mal Unrecht sein, je nach dem Sinn, den der Täter mit seinem Tun verknüpft, je nach der seelischen Lage oder Einstellung, in der er die Tat vollziehe[320]). Dies ist bei denjenigen Tatbeständen der Fall, wo sich die Rechtsordnung nur mit einem Teil der objektiven Unrechtsvoraussetzungen im einzelnen Tatbestand begnügt und im übrigen auf die ins Subjektive verflüchtigte Einstellung des Täters verweist. Da der Tatbestand nur besonders typisiertes Unrecht, also Geltungsgrund (ratio essendi)[321]) der Rechtswidrigkeit ist, jedoch unter dem Vorbehalt, daß die Handlung nicht durch einen besonderen Unrechtsausschließungsgrund gerechtfertigt wird, gehören die subjektiven Unrechtselemente, soweit sie tatbestandliches Unrecht betreffen, zum Tatbestand als subjektive Tatbestandselemente[322]). Zu den Tatbeständen, die solche subjektiven Tatbestandselemente enthalten, gehören die Absichts-, Tendenz- und Ausdrucksdelikte[323]). Täter ist bei diesen Delikten nur, wer die vom Tatbestand geforderte seelische Einstellung besitzt. Der Täter muß bei den Tendenzdelikten die vom Tatbestand geforderte Einstellung, z. B. die eigennützige (§ 180), gewinnsüchtige (§ 133 Abs. 2), gewerbs- und gewohnheitsmäßige (§ 260) Tendenz haben, um überhaupt tatbestandsmäßig handeln zu können. Ebenso ist bei den Absichtsdelikten zur tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung die tatbestandliche Absicht erforderlich, vergleiche z. B. die §§ 253, 263, 268, 333 II usw. Beim Fehlen dieses subjektiven Tatbestandselementes hat der Be-

[318]) Vgl. Mezger, Lb. S. 166; Hegler, Frank-Festg. Bd. I S. 251 bis 338.
[319]) Mezger, Lb. S. 170. Vgl. Hegler, ZStW. 36 S. 31; Mezger, Lb. S. 168 ff. u. Ger. S. 89 S. 257—259.
[320]) Vgl. H. A. Fischer S. 288 ff.
[321]) Frank S. 2; Mezger, Lb. S. 182; Bruns S. 74.
[322]) Vgl. Mezger, Lb. S. 190.
[323]) Vgl. Mezger, Lb. S. 172/73.

treffende überhaupt nicht tatbestandsmäßig-rechtswidrig gehandelt, kommt also von vornherein als Täter nicht in Betracht. Diese Lehre verlangt in den genannten Fällen das Vorliegen subjektiver Voraussetzung zur Täterschaft, bestimmt also den Täter nicht nur nach objektiven, sondern auch nach subjektiven Momenten. Insoweit hat man im Strafrecht die althergebrachte Zuteilung aller subjektiven Merkmale zur Schuld schon aufgegeben; jedoch wird ausdrücklich abgelehnt, den Vorsatz oder die Fahrlässigkeit auch schon beim Tatbestand zu berücksichtigen[324]).

Die Strafe, die über den Verbrecher verhängt wird, soll nicht nur ein Unwerturteil über die Tat, sondern auch über den Täter zum Ausdruck bringen. Mit ihr soll die Bekämpfung der Sozialgefährlichkeit der Täterpersönlichkeit in die Wege geleitet werden[325]). Dem gegenüber beschränkt sich das Privatrecht grundsätzlich auf eine bloße restitutive Funktion[326]). Diesem Zweck entsprechend ist auch die unerlaubte Handlung des bürgerlichen Rechts anders ausgestaltet als die Tatbestände des Strafrechts.

Das Verbrechen ist tatsbestandsmäßig-rechtswidrige, schuldhafte Handlung. Als rechtswidrige, schuldhafte Handlung fällt das Verbrechen mit der unerlaubten Handlung des bürgerlichen Rechts unter denselben Gattungsbegriff des Unrechts oder Delikts[327]). Innerhalb des Gattungsbegriffs des Unrechts ist das Verbrechen als kriminelles Unrecht im Hinblick auf die Tatbestandsmäßigkeit ein Artbegriff[328]). Der Unterschied zwischen Zivil- und Strafrecht liegt nicht in der Rechtswidrigkeit, sondern im Tatbestand begründet. Dies zeigt sich deutlich, wenn man den § 823 BGB. zum Vergleich heranzieht. Unter diesen fallen eine ganze Reihe strafbarer Handlungen (z. B. Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung usw.), die im Strafrecht durch den Tatbestand genau spezialisiert sind. Ferner beweist dies auch die Strafbarkeit des Versuchs, der keine zivilrechtliche Ausgleichungspflicht zur Folge hat. Es muß also die Tatbestandsmäßigkeit sein, die die Täterpersönlichkeit in der besonderen Sozialgefährlichkeit in Erscheinung treten läßt[329]). Man verkennt das Wesen der Tatbestandsmäßigkeit, wenn man die psychologischen Momente erst bei der Schuld prüft. Der Tatbestand kann dann seiner durch die Präventivfunktion bedingten Aufgabe überhaupt nicht gerecht werden.

---

[324]) Mezger, Lb. S. 109 u. 176.

[325]) Vgl. Eb. Schmidt, 26. Aufl. S. 147; Gürtner-Freisler, Das neue Strafrecht, S. 84 u. 116; Freisler in: Das kommende deutsche Strafrecht, Allgem. Teil, S. 19–20; Erik Wolf, V. Wesen d. T., S. 7.

[326]) Vgl. Eb. Schmidt, Lb. S. 147.

[327]) Vgl. Eb. Schmidt, Lb. S. 145.

[328]) Vgl. Eb. Schmidt, Lb. S. 146.

[329]) Vgl. Bruns S. 54 u. 56.

Die Täterpersönlichkeit läßt sich nur aus Handlungen erkennen, die Inhalt des Wollens geworden sind oder hätten werden können. Deshalb ist es notwendig, die täterpsychologischen Momente beim Tatbestand zu berücksichtigen[330]).

Die Schuld ist eine weitere zum Unrecht hinzutretende Verbrechensvoraussetzung. Es ist also systemwidrig, als Täter jeden Verursacher zu bezeichnen und sich darauf zu verlassen, daß die richtigen Ergebnisse durch notwendige Einschränkungen bei der Rechtswidrigkeit und der Schuld von selbst eintreten[331]). Vorsatz und Fahrlässigkeit sind demgemäß schon beim Tatbestand als subjektive Unrechtselemente zu berücksichtigen[332]). Vom Vorsatz kann nur dann gesprochen werden, wenn der Täter den vollen Unrechtstypus gekannt und gewollt hat. Fehlt es daran, so ist der Verbrechenstypus unvollständig.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß beim unmittelbaren und sogenannten mittelbaren Täter der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit das gemeinsame Merkmal ist, und daß wir zu einem einheitlichen Täterbegriff nur gelangen können, wenn wir auf dieses Merkmal abstellen[333]). Wir haben weiter die restriktive Lehre, die den Täter nach der Ausführungshandlung bestimmt, als grundsätzlich richtig anerkannt. Das Kennzeichen der Täterschaft ist daher die vorsätzliche oder fahrlässige Ausführungshandlung[334]).

Täter ist demgemäß, wer eine Ausführungshandlung gekannt und gewollt oder nach den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten hätte kennen müssen.

Unter diesen Begriff fallen die unmittelbare und die mittelbare Täterschaft. Auch der mittelbare Täter ist nach dieser Auffassung echter Täter. Die Selbstverwirklichung des Tatbestandes tritt gegenüber der inneren Tatseite in den Hintergrund, so daß es für die Täterschaft nicht darauf ankommt, ob die Ausführungshandlung selbst gesetzt oder durch einen anderen vorgenommen worden ist.

Nach dieser Täterschaftsauffassung ist auch der Hintermann des qualifikationslosen dolosen Werkzeugs echter Täter. Bei ihm liegt

---

330) Vgl. Bruns S. 56.

331) Vgl. Bruns S. 60 gegen Eb. Schmidt, Frank-Festg. Bd. II S. 119 Anm. 1.

332) Vgl. Welzel, ZStW. 51 S. 720; Bruns S. 47.

333) Vgl. S. 162.

334) Vgl. auch Berges S. 94/95; Munzinger S. 96, der ebenfalls eine tatbestandsbezogene subjektive Täterlehre vertritt. Zehnpfennig (S. 5 ff.) lehnt die Bestimmung des Täters nach psychologischen Momenten ab; ebenfalls ablehnend Beling, L. v. T., S. 11/12.

das den Tatbestand kennzeichnende amtliche Verhältnis vor. Er hat die Handlung des Werkzeugs, die von ihm aus gesehen eine Ausführungshandlung ist, gewollt und auch gekannt. Nur er allein hat das Merkmal der Täterschaft, die Möglichkeit der Tatherrschaft, innegehabt[335]). Der Beamte, der einen Nichtbeamten zur Ausführung eines selbständigen Amtsdelikts benutzt, ist als echter Täter zu bestrafen, da er weiß, daß der Nichtbeamte für ihn eine tatbestandsmäßige Ausführungshandlung vornimmt und diese auch will.

Von diesem Täterbegriff aus bereitet die Strafbarkeit des dolosen Werkzeugs wegen Beihilfe keine Schwierigkeiten[336]). Der Hintermann ist echter Täter. Infolgedessen ist der dolose Mittler wie ein gewöhnlicher Gehilfe zu behandeln. Es trifft daher die gegen die restriktive Lehre vorgebrachte Einwendung, beim qualifikationslosen dolosen Werkzeug kehre sich das normale Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme um[337]), für den von uns vertretenen Täterbegriff nicht zu.

## III.

Noch größere Schwierigkeiten bereitet die Entscheidung des Falles, in dem ein Nichtbeamter durch einen Beamten, der nicht schuldhaft handelt, den Erfolg herbeiführen läßt.

Im Schrifttum wird die Strafbarkeit teils bejaht, teils verneint. Zur Strafbarkeit des Nichtbeamten gelangen die Schriftsteller, die die mittelbare Täterschaft bei allen Delikten für möglich halten und nur die positiv-rechtlichen Ausnahmen gelten lassen[338]). Zu dem gleichen Ergebnis kommen diejenigen, die auf den Erfolg abstellen. So argumentiert insbesondere Finger[339]): „Bei der Beantwortung dieser Frage komme es darauf an, ob man bei den Erfolgsdelikten das Schwergewicht auf das Moment der Herbeiführung des betreffenden Erfolges oder auf die Betätigung lege, durch die der Erfolg herbeigeführt wird, ob man das Verbrechen nur vom Standpunkt des Verletzten oder des Verletzers ansehe". Winter[340]) geht davon aus, daß die Bedingung, die der Nichtbeamte zu dem Tatbestande eines Amtsdelikts setzt, rechtswidrig ist. Er kommt zu dem Schluß, daß das Verursachen des Erfolges durch den Nichtbeamten ebenso rechtswidrig sei, wie wenn der Beamte selbst als unmittelbarer Täter ver-

---

[335]) Vgl. Bruns S. 72.

[336]) Für die Bestrafung des Werkzeuges wegen Beihilfe auch Wegner S. 115; v. Hippel, Lb. S. 167 Ziff. 3; Eb. Schmidt, 26. Aufl. S. 348; Klee, Goltd.-Archiv, Bd. 67 S. 104 (vom subjektiven Standpunkt aus).

[337]) Vgl. Perten S. 136.

[338]) v. Bar S. 638 ff.; v. Hippel, Dt. Strafr. II S. 483.

[339]) Finger, Lb. Bd. I S. 337; ebenso Graetzer S. 57.

[340]) Winter S. 38.

ursacht hätte. Petri[341]) geht ebenfalls von der Verursachung aus. Der Nichtbeamte könne zwar nicht für einen bestimmten Pflichtenkreis verletzen, bewirke aber, daß die staatliche Ordnung und das gesellschaftliche Leben im Staate einer Gefährdung ausgesetzt werde.

Man hat ferner versucht, die Strafbarkeit des Nichtbeamten als mittelbaren Täter aus rechtspolitischen Erwägungen heraus zu begründen[342]). Der Zweck des Gesetzes sei der Schutz der Rechtsgüter. Das Strafrecht bezwecke den Schutz des Verletzten. Die Billigkeit verlange die Berücksichtigung des Verletzten insoweit, als es die Schuld dessen gestatte, auf den der Erfolg unmittelbar zurückzuführen sei. Ähnlich begründet auch Hegler[343]) die Strafbarkeit des nichtbeamteten Hintermannes. Das Interesse des Staates am Funktionieren seines Beamtenapparates sei auch verletzt, wenn der veranlassende Nichtbeamte die falsche Beurkundung vorgenommen habe.

Die herrschende Lehre lehnt jedoch die Strafbarkeit des nichtbeamteten Hintermannes ab[344]). So sehr auch die Strafbarkeit des Hintermannes erwünscht ist, so können wir jedoch nicht lediglich den Zweck, der mit den Amtsdelikten vom Gesetzgeber verfolgt wird, entscheidend sein lassen. Grenze jeder Strafbarkeit ist der Tatbestand. Wir haben schon wiederholt festgestellt, daß beim Sonderverbrechen die Möglichkeit der Täterschaft auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Die außerhalb dieses Kreises stehenden Personen scheiden für die Täterschaft überhaupt aus. Ex definitione kann ein Außenstehender niemals unmittelbarer oder mittelbarer Täter sein[345]). Im übrigen hält das Gesetz selbst den Außenstehenden für unfähig, ein selbständiges Amtsdelikt mittelbar zu begehen, wie der § 271 beweist.

## 12. Abschnitt.

### Ausblick auf das künftige Recht.

1. Im künftigen Strafrecht soll die Teilung der Amtsdelikte in selbständige und unselbständige wegfallen[346]). Dieser Regelung ist beizutreten, da hierdurch viele Streitfragen, die bei der Zuteilung der einzelnen Delikte zu der einen oder anderen Gruppe aufge-

---

341) S. 50.
342) Schreiber S. 45 ff.
343) RG.-Festschrift, Bd. V S. 314; ähnlich Berolzheimer S. 30.
344) Ebenso Eb. Schmidt, 26. Aufl. S. 333/34, S. 348; Frank, Komm. S. 108; Mezger, Lb. S. 420; Munzinger S. 95; Diesselberg S. 42/43; Dahm S. 123; Olshausen, Bd. I S. 195 ff.; Leipz. Komm. 5. Aufl. S. 129.
345) Mezger, Lb. S. 420 Ziff. 5.
346) Vgl. Schneidenbach S. 315, 316, 327.

taucht sind, in Fortfall kommen. Außerdem ist durch die Aufzählung einzelner gemeiner Delikte im 28. Abschnitt des geltenden Strafgesetzbuches keine erschöpfende Regelung getroffen worden.

Die Berücksichtigung des amtlichen Verhältnisses soll nach dem Bericht über den Entwurf teils bei den einzelnen gemeinen Delikten[347]), teils durch eine allgemeine Bestimmung erfolgen[348]). Durch diese Regelung hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, die häufigsten und schwersten gemeinen Verbrechen individuell zu behandeln und eine höhere Strafe festzusetzen, als sie die allgemeine Bestimmung vorsieht. Es ist daher dieser Regelung beizutreten, zumal durch die allgemeine Vorschrift jede strafbare Handlung, wenn sie mit dem Amte in Verbindung steht, mit einer höheren Strafe belegt wird, weil der Beamte höhere Pflichten hat.

2. Für die Zurechnung der strafändernden besonderen Eigenschaften und Verhältnisse trifft der Bericht über den Entwurf dieselbe Regelung wie der heutige § 50. Daneben enthält er aber eine besondere Vorschrift für die Zurechnung strafbegründender Eigenschaften und Verhältnisse. Danach soll für die Strafbarkeit aller Beteiligten genügen, daß strafbegründende Umstände bei einem von ihnen vorliegen. Für den außenstehenden Teilnehmer sieht der Bericht über den Entwurf eine fakultative Strafmilderung vor.

Mit dieser Vorschrift wird nur der schon jetzt geltende Grundsatz der Bestrafung außenstehender Teilnehmer am selbständigen Sonderdelikt sanktioniert und die von uns vertretene Auffassung der milderen Bestrafung eines Außenstehenden anerkannt[349]). Unseres Erachtens ist die Fassung dieser Bestimmung zu weit. Sie soll nur zur Klarstellung der Teilnahmemöglichkeit Außenstehender am selbständigen Sonderdelikt aufgenommen werden[350]). Ist dies aber der Fall, so genügt es, wenn die Vorschrift auf den Täter beschränkt wird, denn zur Bestrafung der Teilnehmer fordert auch der Bericht über den Entwurf das Vorliegen einer Haupttat, wenn auch nur in der minimal-akzessorischen Form. Die Bestrafung eines Außenstehenden kommt von vornherein nicht in Betracht, wenn kein Innenstehender die Tat begangen hat. Es genügt daher, wenn die künftige Bestimmung für die Bestrafung des Teilnehmers das Vorliegen der strafbegründenden Umstände beim Täter verlangt. Im übrigen ist gegen die Fassung der neuen Bestimmung nichts einzuwenden.

---

[347]) Vgl. Schneidenbach S. 316.
[348]) Vgl. Schneidenbach S. 327/328.
[349]) Vgl. die Ausführungen im 9. Abschnitt (S. 130).
[350]) Vgl. v. Dohnanyi S. 106/107.

## Lebenslauf.

Ich, Walter Stephan, wurde am 15. August 1911 in Gommern bei Magdeburg geboren. Hier besuchte ich die Volksschule und später das Vereinigte Dom-Klostergymnasium in Magdeburg, das ich Ostern 1931 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Anschließend studierte ich an der Universität Halle Rechtswissenschaft und habe bei den Herren Dozenten Bilfinger, Boehmer, Finger, Fleischmann, Hahne, Hein, Jahn, Jecht, Joerges, Kitzinger, Kürten, Muhs, Pönitz, Ruth, Schmaltz, Rud. Schmidt, Schwinge, Siebert, Stock und Wolff gehört. Im Jahre 1935 bestand ich das Referendarexamen vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Naumburg (Saale). Seit 1935 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Herrn Doz. Dr. Frhrn. von Gemmingen spreche ich an dieser Stelle für die Durchsicht der Arbeit und die Übernahme der Promotion meinen besonderen Dank aus.